

**IRPA**

ISTITUTO DI RICERCHE  
SULLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

**LA REALIZZAZIONE E LA GESTIONE DI INFRASTRUTTURE:  
IL REGIME GIURIDICO DELLE CONCESSIONI**

*Progetto di ricerca*  
Alessandro Tonetti

*Coordinamento scientifico*  
Lorenzo Saltari

*Componenti dell'unità di ricerca*  
Andrea Maria Altieri, Bruno Carotti, Martina Conticelli  
Fabio Di Cristina, Chiara Di Seri

*Il rapporto è stato realizzato anche con il contributo di Autostrade per l'Italia S.p.A.*

IRPA Working Paper – Policy Papers Series No. 2/2014



All rights reserved.

No part of this paper may be reproduced in any form without permission of the author.

© 2014 Istituto di Ricerche sulla Pubblica Amministrazione

00199, Rome, Italy

[www.irpa.eu](http://www.irpa.eu)

IRPA Working Papers - ISSN 2280-868X

Cite as: *La realizzazione e la gestione di infrastrutture: il regime giuridico delle concessioni*, IRPA Working Paper – Policy Papers Series No. 2/2014

The **IRPA** – Istituto di ricerche sulla pubblica amministrazione (Institute for research on public administration) is a non profit organization, founded in 2004 by Sabino Cassese and other professors of administrative law, which promotes advanced studies and research in the fields of public law and public administration. The current president is Prof. Luisa Torchia.

**Global Administrative Law Steering Committee:**

Professors Stefano Battini, Lorenzo Casini, Edoardo Chiti, Mario Savino, Giulio Vesperini.

**IRPA Working Papers Steering Committee:**

Professors Stefano Battini, Sabino Cassese, Lorenzo Casini, Edoardo Chiti, Bernardo Giorgio Mattarella, Giulio Napolitano, Aldo Sandulli, Mario Savino, Luisa Torchia, Giulio Vesperini

## *Abstract*

*Fino agli anni Novanta del secolo scorso, la realizzazione di infrastrutture è stata essenzialmente legata alla disponibilità di risorse pubbliche. Negli ultimi due decenni, e in misura maggiore a partire dalla crisi del 2008, questo tipo di provvista è stato in grado di coprire solo una esigua parte dell'effettivo fabbisogno. E tale dinamica – come è facile immaginare – proseguirà nei prossimi anni, soprattutto in conseguenza delle politiche di risanamento finanziario avviate in molti paesi, non solo europei. Si sono così sviluppate discipline e pratiche amministrative volte a favorire il concorso dei privati, tramite strumenti di partenariato pubblico-privato (PPP), in particolare mediante l'uso della concessioni di lavori. Questo istituto – il più antico, ma anche il più diffuso – si sostanzia, al di là delle qualificazioni giuridiche dei diversi ordinamenti, nella definizione di un rapporto tra la parte pubblica e quella privata in forza del quale quest'ultima si impegna a realizzare un'opera pubblica con risorse in tutto o in parte proprie, da ripagarsi poi con le entrate derivanti dalla gestione dell'opera medesima per un dato periodo di tempo, decorso il quale l'opera rientrerà nella disponibilità dell'amministrazione.*

*Nell'attuale contesto, il ricorso a simili strumenti costituisce non tanto un'opzione quanto una vera e propria necessità di cui – in misura sempre maggiore – i diversi Paesi dovranno tener conto nell'obiettivo comune (e concorrente) di attrarre investimenti privati. Questo problema, peraltro, è ancor più importante per l'Italia che, a fronte di un fabbisogno infrastrutturale consistente, sconta – come da più parti rilevato – oggettive difficoltà nell'intercettare l'interesse degli investitori.*

*La ricerca intende ricostruire il regime giuridico delle concessioni nel settore delle infrastrutture di trasporto, in generale, e nel settore delle autostrade, in particolare. Essa è svolta in prospettiva comparata, analizzando la disciplina di cinque Paesi: oltre l'Italia, la Francia, il Regno Unito, l'Australia e il Cile. Il termine concessione va quindi inteso in senso descrittivo, così da tener conto delle specificità dei singoli ordinamenti considerati. Si analizzano, in particolare, sette aspetti: le fonti giuridiche e i caratteri della disciplina; il sistema di governance politico-amministrativo; modalità e procedure di individuazione delle opere; le fasi di affidamento; la regolazione del rapporto sia sul piano provvedimentale che su quello della definizione dei rispettivi diritti ed obblighi; le forme di auto-tutela e le eventuali prerogative speciali dell'amministrazione; il sistema delle garanzie, le possibilità di modificare i termini dell'accordo e il grado di tutela dell'affidamento; la risoluzione delle controversie.*

*In questo modo, la ricerca si pone come obiettivo l'elaborazione di uno studio comparato sulla realizzazione e gestione delle infrastrutture e sul regime giuridico delle relative concessioni. Il rapporto, articolato in cinque parti (una per ciascun Paese considerato), offre un'analisi che tiene conto sia del dato giuridico che di quello empirico, onde verificare il grado di effettiva operatività del modello evidenziato.*

# SOMMARIO

## INTRODUZIONE

*Lorenzo Saltari*

L'“ <i>approntamento delle infrastrutture</i> ” tra Stato e mercato .....	5
---	---

## CAPITOLO PRIMO

### L'AUSTRALIA

*Fabio Di Cristina*

1. Le fonti: introduzione alla disciplina.....	13
2. Il sistema di <i>governance</i> politico-amministrativo e il mercato dei capitali per le infrastrutture. ....	16
3. L'individuazione delle opere e gli obblighi di gestione finanziaria. ....	24
4. Le modalità di affidamento. ....	31
5. La struttura delle concessioni. ....	45
6. La regolazione del rapporto.....	49
7. Il sistema di risoluzione delle controversie. ....	56
8. Conclusioni: i <i>driver</i> del sistema.....	59
Executive Summary .....	65

## CAPITOLO SECONDO

### IL CILE

*Bruno Carotti*

1. Lo sviluppo del settore .....	75
2. Il quadro giuridico .....	78
3. Il quadro istituzionale.....	81
4. L'individuazione delle opere.....	87

5. Le modalità di affidamento .....	105
6. La regolazione del rapporto.....	114
7. Le forme di autotutela .....	127
8. Il sistema delle garanzie .....	130
9. La soluzione delle controversie .....	138
10. Conclusioni .....	147
Executive Summary .....	156

## **CAPITOLO TERZO**

### **LA FRANCIA**

*Martina Conticelli*

1. Premessa.....	169
2. L'evoluzione del settore dagli anni Cinquanta del secolo scorso ad oggi .....	171
3. Le fonti giuridiche .....	178
4. La <i>governance</i> .....	181
5. Le modalità di affidamento .....	187
6. Il regime concessorio «à la française».....	189
7. La regolazione del rapporto e le modalità di individuazione dell'opera .....	197
8. Il finanziamento .....	202
9. Le forme di tutela, il sistema delle garanzie, la gestione delle conflittualità .....	204
10. I problemi aperti .....	206
Executive Summary .....	212

## **CAPITOLO QUARTO**

### **IL REGNO UNITO**

*Chiara Di Seri*

1. Le fonti giuridiche .....	215
2. Il sistema di <i>governance</i> politico-amministrativo .....	225
3. L'individuazione delle opere.....	234
4. Le modalità di affidamento .....	239
5. La regolazione del rapporto.....	250

6. Le forme di autotutela .....	255
7. Il sistema delle garanzie .....	257
8. La risoluzione delle controversie .....	260
Executive Summary .....	264

## CAPITOLO QUINTO

### L'ITALIA

*Andrea Maria Altieri*

1. Introduzione .....	275
2. Le fonti giuridiche .....	276
3. Il sistema di <i>governance</i> statale.....	281
4. L'individuazione delle opere .....	285
5. Le modalità di affidamento .....	288
6. La regolazione del rapporto.....	296
7. Le forma di auto-tutela e il sistema delle garanzie .....	299
8. La risoluzione delle controversie .....	300
9. Conclusioni .....	302
Executive Summary .....	304

## CONCLUSIONI

*Lorenzo Saltari*

I risultati della ricerca e le prospettive per il Paese .....	309
---	-----

## ALLEGATO

*Informazioni e dati*





## INTRODUZIONE

*Lorenzo Saltari*

### **L'“*approntamento delle infrastrutture*” tra Stato e mercato**

«L'approntamento delle infrastrutture, storicamente, è fra le più antiche attività di disciplina dell'economia svolte da pubblici poteri, e non è mai venuta meno lungo il corso dei secoli»<sup>1</sup>. Questa osservazione generale di Massimo Severo Giannini, contenuta nella seconda edizione del *Diritto pubblico dell'economia*, trova ancora riscontro nella realtà d'oggi?

Sino agli anni Novanta del secolo scorso, la realizzazione d'infrastrutture è stata correlata alla disponibilità di risorse pubbliche. Tuttavia, negli ultimi due decenni, ma in misura maggiore dalla crisi del 2008, questo tipo di provvista è stato in grado di coprire solo un'esigua parte dell'effettivo fabbisogno. E tale dinamica è destinata a proseguire e consolidarsi nei prossimi anni, soprattutto in conseguenza delle politiche di risanamento finanziario avviate in molti paesi, non solo europei. In altre parole, lo Stato, facendo leva sulle proprie risorse finanziarie d'investimento, direttamente o più spesso per il tramite di società private o partecipate non sembra più nella condizione di garantire l'aggiornamento della rete autostradale alle nuove esigenze di trasporto e di crescita economica<sup>2</sup>.

Nei paesi emergenti il ruolo finanziario dello Stato pare ancora forte. In quelli a economia matura, invece, la situazione è inversa. Se il modello *étatiste*<sup>3</sup> per lo

---

<sup>1</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia* (1977), Bologna, il Mulino, 1995<sup>2</sup>, p. 59.

<sup>2</sup> Su questo, si v. l'indagine di E. BARUCCI e F. PIEROBON, *Stato e mercato nella Seconda Repubblica. Dalla privatizzazione alla crisi finanziaria*, Bologna, il Mulino, 2010, p. 167 ss.

<sup>3</sup> S. CASSESE, *Concessione di opere pubbliche e partecipazioni statali*, in *Economia pubblica*, n. 2, 1974, p. 7 ss., spiega come attraverso la concessione e la partecipazione statale nella società concessionaria lo Stato perseguiva l'obiettivo di stringere il controllo sul settore delle opere infrastrutturali. Il controllo avveniva per via interna con la partecipazione nella società concessionaria ed esterna con la concessione e la convenzione accessiva.

sviluppo delle infrastrutture autostradali ha esaurito la propria spinta propulsiva, quali sono le alternative sono possibili?

Nel tentativo di fornire una risposta a questo quesito, si è svolta un'indagine che muove dall'esame della disciplina di cinque paesi<sup>4</sup>. In specie, si sono ricercate convergenze e divergenze dei sistemi giuridici e finanziari di Italia, Francia, Regno Unito, Australia e il Cile.

Otto i profili su cui si è focalizzata l'indagine. Primo, le fonti normative; ci si è chiesto se vi sia una disciplina di diritto positivo; se essa sia generale o speciale; quale spazio è lasciato all'autonomia negoziale delle parti. Secondo, si è posta attenzione al sistema di *governance* politico-amministrativo ovvero quali sono amministrazioni coinvolte e se ve ne sono di specializzate, che tipo di attività svolgono. Terzo, si è verificato come avvenga l'individuazione delle opere: chi alla fine le individua; quali caratteristiche devono possedere; come sono sviluppate. Quarto, quali procedure sono seguite nell'affidamento ovvero com'è individuata la controparte privata; quali requisiti essa deve avere; quali le fasi procedurali e i loro tempi. Quinto, ci si è concentrati sulla regolazione del rapporto chiedendosi quale sia l'atto che definisce le obbligazioni delle parti; come sono definite le condizioni di base; come sono ripartiti i rischi; con quali strumenti di controllo. Sesto, si è andati alla ricerca delle forme di auto-tutela intendendo con ciò la circostanza per la quale l'amministrazione abbia prerogative speciali; quali sono le condizioni per il loro esercizio; quali le conseguenze generate dall'uso di tali poteri. Settimo, si è provato a capire come il sistema delle garanzie possa modificare i termini dell'accordo e che cosa accade in caso di cessazione anticipata del rapporto e, ancora, qual è il grado di protezione dell'affidamento del privato. Ottavo, si è messa a fuoco la modalità di risoluzione delle controversie; come sono risolti gli eventuali conflitti tra amministrazione e parte privata; se esistono forme alternative alla giurisdizione; quale sia il giudice competente; con quali tempi si opera.

La ricerca è sfociata in un Rapporto articolato in cinque parti, una per ciascun Paese considerato. Ogni parte è strutturata secondo una griglia comune d'indagine incentrata sugli otto punti sopra evidenziati, anche al fine di agevolare la comparazione dei modelli. L'analisi ha tenuto conto del dato giuridico ma anche di

---

<sup>4</sup> Sull'importanza della comparazione anche nel diritto amministrativo, da ultimo, S. CASSESE e L. TORCHIA, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Bologna, il Mulino, 2014, p. 128 ss.

quello empirico, per verificare il grado di effettiva operatività del modello esaminato.

L'ampia indagine empirica e comparativa svolta porta a dire che l'osservazione di Giannini ha perso di attualità e cioè che si è verificata un'epocale inversione di tendenza? Lo Stato dell'età della crisi, in altri termini, sta venendo meno alla responsabilità dell'"apprestamento delle infrastrutture" (di trasporto anche autostradale)? Ancor più rilevante: l'azione dei privati è in grado di sopperire, se non di sostituire completamente, il ruolo del pubblico potere?

Gli elementi raccolti nell'indagine conducono a conclusioni di segno diverso. Le principali sono di seguito anticipate.

Innanzitutto, anche nell'ambito delle infrastrutture autostradali, il paradigma concettuale più appropriato a spiegare la nuova realtà è la trasformazione, e non l'elisione, dell'intervento pubblico<sup>5</sup>. Da diretto, ossia tramite lo Stato finanziatore e imprenditore, tale intervento diviene indiretto secondo il modello del cd. Stato regolatore<sup>6</sup>. La deficienza di capitale pubblico rende l'impiego di quello privato impreteribile. Per attrarre queste risorse e affinché lo sviluppo infrastrutturale non si blocchi è necessaria la capacità dello Stato di attrarre i privati e di regolare la loro condotta nella progettazione, costruzione, manutenzione e gestione in modo che siano garantiti i molteplici interessi pubblici coinvolti nella costruzione e gestione di autostrade insieme al rendimento degli investimenti.

Emerge chiaramente la rilevanza di una regolazione giuridica. Aspetto centrale e basilare è la garanzia dell'intangibilità dell'accordo che lega la parte pubblica e i concessionari. Questa è una precondizione per l'attrazione di capitali privati, anche internazionali. Inoltre, tanto più il quadro normativo è chiaro e applicato in modo coerente, tanto più le procedure d'individuazione delle opere e di scelta del concessionario sono celeri, tanto più è stabile e prevedibile l'andamento del rapporto concessorio, quanto maggiori sono le opere realizzate dai privati, quanto più elevata è la quota di capitale di rischio e di investimento destinato a questo settore. Viceversa, se la disciplina è ambigua e instabile, i tempi delle procedure di programmazione e aggiudicazione sono diluiti, se il rapporto di concessione è

---

<sup>5</sup> S. CASSESE, *Stato e mercato dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, p. 378 ss.; Id., *Regolazione e concorrenza*, in *Regolazione e concorrenza*, a cura di G. Tesaurò e M. D'ALBERTI, Bologna, il Mulino, 2001, p. 11 ss.

<sup>6</sup> Su questo, per un inquadramento complessivo, si rinvia M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, il Mulino, 2008.

insicuro perché vi è la tendenza del decisore pubblico di alterarlo unilateralmente per via legislativa, se il quadro delle competenze amministrative è reso impreciso e inattendibile per sovrapposizioni funzionali o per limiti operativi delle strutture coinvolte, allora lo Stato crea condizioni sfavorevoli all'intervento dei privati determinando inoltre un elevato rischio di contenzioso. Con la conseguenza che non è più in grado di provvedere da sé, né capace di attrarre, nell'ambito di un'accesa competizione internazionale, resa possibile dalla libertà di circolazione dei capitali, le risorse indispensabili. Aspetto centrale e basilare è la garanzia dell'intangibilità dell'accordo che lega la parte pubblica e i concessionari. Questa è una preconditione per l'attrazione di capitali privati, anche internazionali. Inoltre, tanto più il quadro normativo è chiaro e applicato in modo coerente, tanto più le procedure d'individuazione delle opere e di scelta del concessionario sono celeri, tanto più è stabile e prevedibile l'andamento del rapporto concessorio, quanto maggiori sono le opere realizzate dai privati, quanto più elevata è la quota di capitale di rischio e di investimento destinato a questo settore. Viceversa, se la disciplina è ambigua e instabile, i tempi delle procedure di programmazione e aggiudicazione sono diluiti, se il rapporto di concessione è insicuro perché vi è la tendenza del decisore pubblico di alterarlo unilateralmente per via legislativa, se il quadro delle competenze amministrative è reso impreciso e inattendibile per sovrapposizioni funzionali o per limiti operativi delle strutture coinvolte, allora lo Stato crea condizioni sfavorevoli all'intervento dei privati determinando inoltre un elevato rischio di contenzioso. Con la conseguenza che non è più in grado di provvedere da solo, né è capace di attrarre le risorse indispensabili, nell'ambito dell'accesa competizione internazionale resa possibile dalla libertà di circolazione dei capitali.

L'approccio comparato consente, inoltre, di pervenire anche ad altre considerazioni di ordine più generale.

La prima concerne la disutilità del concettualismo con il quale parte della cultura giuridica italiana ha guardato alle concessioni di opere. Si pensi al successo di quella dottrina incentrata sull'elaborazione della coppia concessione-contratto<sup>7</sup>. Il centro problematico dell'istituto oggi è se esso sia adeguato ad assicurare lo sviluppo del settore, e non se vi sia la prevalenza della componente provvedimentale su quella negoziale o viceversa. Le concessioni autostradali

---

<sup>7</sup> Su questa nozione, si v. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2013, p. 183 s.

instaurano una relazione tra una parte pubblica e una parte privata in forza della quale ambedue assumono precisi e impegnativi obblighi. Con ciò si ricade interamente nel diritto privato o residuano elementi pubblicistici?

Per tentare una prima risposta può richiamarsi “la natura delle cose” guardando all’esperienza inglese o anche australiana. Nel Regno Unito, la concessione è una rara eccezione mentre la regola è la stipulazione di contratti di tipo *Design, Build, Finance, Operate-DBFO*. Essi sono interamente rimessi all’autonomia negoziale delle parti contraenti? Assolutamente no. Lo Stato, attraverso l’*HM Treasury* (l’equivalente del nostro Ministero dell’economia e delle finanze), pone in astratto alcuni standard che devono essere rispettati nel contratto. Ad esempio la sua durata, che non può essere inferiore ai vent’anni ma non superare i trenta, l’obbligo di riconsegna dell’infrastruttura allo Stato alla sua scadenza, i criteri in forza dei quali può essere stabilita la remunerazione del privato. Anche in Australia, sebbene il *concession deed* si formi sulla base dell’accordo tra le parti, il pubblico potere non è affatto remissivo nei confronti del contraente privato. Facendo leva sulle *guidelines* federali, predisposte dall’agenzia per le infrastrutture, regola il rapporto in modo attento agli obiettivi pubblici. Come si evince, si tratta di strumenti giuridici consensuali, ma non totalmente plasmabili in sede negoziale. Essi non mettono in dubbio la sostanziale parità tra le parti (i poteri di autotutela della parte pubblica non sono dotati di esecutorietà), ma non tralasciano la tutela degli interessi pubblici. Anche nei sistemi in cui sembra effettivamente prevalere una componente negoziale, come accade in Cile, gli interessi della collettività ad un equilibrato uso del territorio, protetto dalle norme, non divengono recessivi. Tali interessi sono perseguiti, dunque, in via mediata stabilendo regole condizionali che devono essere recepite e adattate nel contratto<sup>8</sup>. Ecco l’inverarsi del paradigma della regolazione condizionale.

Nel nostro ordinamento usiamo ancora distinguere tra il provvedimento e la convenzione che accede ad esso. Il primo sarebbe espressione della potestà pubblica, la seconda della consensualità. Eppure il diritto europeo ormai preclude l’attribuzione discrezionale della concessione, attratta nel perimetro dell’affidamento mediante procedura concorsuale ad evidenza pubblica. Ne consegue l’elisione del tratto discrezionale tradizionalmente correlato al provvedimento concessorio. Nella pratica, inoltre, la concessione, come tale, è assai

---

<sup>8</sup> Su questo, si v. L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in *I garanti delle regole*, a cura di S. CASSESE e C. FRANCHINI, Bologna, il Mulino, 1996, p. 55 ss.

scarsamente rilevante; mentre la convenzione è l'atto contrattuale da cui dipende tutto a partire dal fondamentale reperimento delle risorse finanziarie erogate dal sistema bancario necessarie, insieme al cd. *equity*, ad avviare l'esecuzione dell'opera. Nei paesi in cui la crescita delle infrastrutture autostradali non si è interrotta e più proficuo è il coinvolgimento dei privati e della finanza, la procedura di aggiudicazione è assai rapida (Regno Unito, Australia, Cile). In Italia sovente vi è uno iato temporale ampio tra il rilascio della concessione (provvedimento) e l'approvazione della convenzione (contratto) che spiazzava le decisioni degli istituti bancari e costituisce una ragione di forte inefficienza del sistema.

Anche all'eclissi dello Stato finanziatore di opere corrisponde l'ascesa del ruolo regolatore dei pubblici poteri. Una regolazione, ma anche gestione del rapporto concessorio, chiara, tempestiva, competente e indipendente è indispensabile a non sacrificare gli interessi pubblici correlati alle infrastrutture autostradali. È necessaria anche a creare incentivi adeguati ad attrarre il capitale privato, come più volte sottolineato, divenuto indispensabile.

L'indagine comparata, peraltro, suggerisce che una regolazione/gestione adeguata prescinde da uno determinato assetto organizzativo. Torna di nuovo utile l'esempio dell'Inghilterra o anche del Cile. Nella prima tanto la regolazione quanto la gestione sono rimesse a strutture amministrative tradizionali, non ad un'autorità indipendente *ad hoc* (l'*Hm Treasury* e *Highways Agency*). Anche nel secondo non c'è un'autorità indipendente; al contempo, la "neutralizzazione" delle scelte di programmazione è ricercata attraverso il coinvolgimento di organismi con competenze specifiche, cui sono chiamati a partecipare (ad esempio, per la valutazione dell'interesse pubblico dei progetti di iniziativa privata), accademici dotati d'indipendenza e competenza tecnica, coadiuvando gli organi con responsabilità decisionali.

Può, dunque, ripetersi quanto già osservato in altri ambiti. La transizione al ruolo di regolazione della sfera pubblica richiede un innalzamento degli standard qualitativi complessivi dell'amministrazione<sup>9</sup>. Questa qualità si evidenzia nel caso australiano, inglese e cileno. Ne è implicita dimostrazione la capacità di attrazione degli investimenti. La sola istituzione di un'autorità indipendente di settore, sebbene

---

<sup>9</sup> Rileva come l'istituzione di autorità indipendenti *ad hoc* si spiega anche con la necessità di sopperire alla scarsa qualificazione dell'amministrazione tradizionale messa in difficoltà dalla maggiore complessità dell'esercizio di funzioni di regolazione, S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2002, p. 265 ss.

sia una scelta coerente con le nuove esigenze, non costituisce in sé la garanzia di un deciso, e necessario, incremento della qualità dell'*output* amministrativo in questo ambito. Molta attenzione va invece posta alle sovrapposizioni funzionali tra soggetti pubblici diversi che innalza la confusione per gli operatori e la conflittualità tra le istituzioni<sup>10</sup>.

Il rischio corso dai sistemi amministrativi che non riescono a tenere il ritmo dell'evoluzione dei tempi è di assistere al tramonto delle gloriose esperienze del passato (lo Stato finanziatore-imprenditore italiano, sino agli anni Novanta dello scorso secolo nel settore autostradale ha conseguito risultati molto ragguardevoli, analoghi a quelli ottenuti dalla Germania, ad esempio<sup>11</sup>) e di non saper offrire quei nuovi “prodotti amministrativi” che riescano ad attrarre gli investimenti, senza trascurare gli altri interessi di matrice pubblica correlati alle infrastrutture autostradali<sup>12</sup>.

Fra i servizi e le funzioni pubbliche che potrebbero incentivare gli investimenti in infrastrutture, vi è la maggiore celerità del sistema della giustizia civile e amministrativa. Anche sotto questo profilo la comparazione evidenzia il ritardo italiano in termini di efficienza e l'arretratezza del concentrare l'attenzione sulla struttura della giurisdizione, monista o dualista. Il Cile, dualista, e l'Australia, monista, mostrano ambedue ottimi rendimenti nel fornire tutele giurisdizionali rispetto alle controversie sorte in ordine alla formazione ed esecuzione del rapporto concessorio. Potrebbe, allora, desumersi che l'assetto strutturale non ha implicazioni così condizionanti sull'efficienza complessiva del sistema di tutele. Far ruotare il dibattito scientifico e pubblico attorno a questo perno sembra allora assai poco proficuo.

La presente indagine, invece, si è concentrata sull'insieme dei fattori che consentono l'attrazione e l'utilizzo delle risorse: dalla stabilità dei rapporti concessori costituiti alla chiarezza delle regole, dal rafforzamento della capacità tecnica dell'amministrazione, alla tutela dell'interesse pubblico a un'equilibrata realizzazione e gestione delle opere infrastrutturali.

---

<sup>10</sup> Si cfr. A. TONETTI, *L'Autorità di regolazione dei trasporti*, in *Gior. dir. amm.*, 2012, p. 589 ss.

<sup>11</sup> Si cfr. i dati in E. BARUCCI e F. PIEROBON, *cit.*

<sup>12</sup> Per un ripensamento della logica dello Stato amministrativo nel mutato contesto socio-economico, si v. G. NAPOLITANO e M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, il Mulino, 2009; G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2014.

Il presente Rapporto è stato realizzato dall'Irpa anche grazie al contributo della Società Autostrade per l'Italia-Aspi. L'Irpa dedica il lavoro alla memoria di Elisabetta Diamanti, troppo prematuramente venuta meno all'affetto dei suoi cari, degli amici, dei colleghi. Tutti ne ricordano e rimpiangono le doti umane e l'impegno nella ricerca e nel lavoro.



# CAPITOLO PRIMO

## L'AUSTRALIA

*Fabio Di Cristina*

**SOMMARIO:** 1. Le fonti: introduzione alla disciplina. - 2. Il sistema di *governance* politico-amministrativo e il mercato dei capitali per le infrastrutture. - 3. L'individuazione delle opere e gli obblighi di gestione finanziaria. - 4. Le modalità di affidamento. - 5. La struttura delle concessioni. - 6. La regolazione del rapporto. - 7. Il sistema di risoluzione delle controversie. - 8. Conclusioni: i *driver* del sistema. - *Executive Summary*.

### 1. Le fonti: introduzione alla disciplina.

Il mercato infrastrutturale australiano è considerato dalla grande maggioranza degli osservatori come maturo<sup>13</sup> e particolarmente attraente per gli investitori stranieri. Il governo federale, nell'ultimo decennio, si è adoperato per accentrare e semplificare la definizione delle opere prioritarie da finanziare e realizzare. I governi degli Stati e dei Territori<sup>14</sup> hanno stabilito regole di affidamento e realizzazione delle opere formalmente diverse ma omogenee nella sostanza<sup>15</sup>. I

---

<sup>13</sup> Si consideri che: “*The private sector has been involved in the delivery of public infrastructure and supporting services for a long time. The UK established the (modern) PPP model, through the development of the Private Finance Initiative (PFI) in the 1990s, drawing on its own experiences of privatisation and contracting out some public services, and the Australian experience of full private sector delivery of some public services such as hospitals, prisons and toll roads. Australia refined its own model resulting in the establishment of the Partnerships Victoria policy and guidelines in 2000, the Working with Government Guidelines for Privately Financed Projects in NSW and similar policies in other jurisdictions*”. Sul punto, si esamini il rapporto di KPMG, *PPP Procurement. Review of barriers to competition and efficiency in procurement of PPP projects*, May 2010, p. 11.

<sup>14</sup> Gli Stati australiani, dotati di un governo e di due camere dei rappresentanti, sono sei: Australia meridionale (capitale Adelaide), Australia occidentale (Perth), Nuovo Galles del Sud (Sydney), Queensland (Brisbane), Tasmania (Hobart), Victoria (Melbourne). I Territori, dotati di autonomia inferiore e direttamente soggetti all'amministrazione federale, sono dieci: Territorio della Baia di Jervis, Territorio della Capitale australiana (Canberra), Territorio del Nord (Darwin), Isole Ashmore e Cartier, Isole Cocos (West Island), Isole Heard e McDonald, Isole del Mar dei coralli, Isola di Natale (Flying Fish Cove), Isola Norfolk (Kingston), Territorio antartico australiano.

<sup>15</sup> L. SHARP, F. TINSLEY, *PPP policies throughout Australia: a comparative analysis of public private partnerships*, in *Public Infrastructure Bulletin*, n. 5, 2005, in part. p. 22. Le regole statali di affidamento sarebbero state redatte a partire da quelle contenute nel *procurement manual* dello Stato di Victoria, pubblicato nel 2001.

rapporti tra committente pubblico e contraenti privati sono in larga negoziati e non rigidamente regolati dalle norme. È possibile, dati questi pochi elementi di contesto, convenire con quanti sostengono che è ben possibile realizzare infrastrutture in Australia<sup>16</sup> in modo razionalmente programmabile: secondo la *United Nations Conference on Trade and Development*, in particolare, il Paese ha progressivamente maturato la reputazione di vero e proprio *leader* mondiale nel settore delle concessioni autostradali<sup>17</sup>.

Le fonti della disciplina di settore sono relativamente poche. La competenza legislativa in materia di realizzazione di strade compete, per effetto di una clausola di residualità contenuta nella costituzione australiana, agli Stati e ai Territori. Con il *Nation Building Program Act* del 2009 sono stati stabiliti i poteri del ministro delle infrastrutture e dello sviluppo regionale in materia di individuazione della rete stradale e autostradale (*National Land Transport Network*) e di gestione dei co-finanziamenti che il governo federale eroga a Stati e Territori per la realizzazione di infrastrutture stradali, autostradali e ferroviarie. Alla legge del 2009 è allegata una lista di infrastrutture a rilevanza nazionale su cui si concentra la maggior parte dei co-finanziamenti. Una lista maggiormente dettagliata, pubblicata sul *web* e periodicamente aggiornata, è preparata da *Infrastructure Australia*, un'agenzia federale istituita nel 2008 dallo *Infrastructure Australia Act*, modificato nel 2013, sulle cui competenze si tornerà nel prossimo paragrafo.

Sul versante delle modalità di affidamento, realizzazione e gestione delle infrastrutture, assumono particolare rilievo il *FMA – Financial Management and Accountability Act* del 1997, modificato dal *Public Governance, Performance and Accountability Act* che entrerà in vigore il 1° luglio 2014, che disciplina le modalità di gestione della finanza pubblica, il regime dei beni e dei pagamenti, nonché le accluse *CPG – Commonwealth Procurement Guidelines*, che dettano principi e regole in tema di svolgimento delle procedure di gara. Il *Judiciary Act* del 1903, infine, ha costruito il sistema delle corti e ha stabilito le regole di giurisdizione a

---

<sup>16</sup> L'affermazione riprende il dubbio espresso da A. MACCHIATI, G. NAPOLITANO (a cura di), *È possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, Bologna, Il Mulino, 2009, in part. p. 5 ss. in relazione alla situazione nostrana. Sul medesimo tema, *ex multis*, E. BARUCCI, F. PIEROBON, *Stato e mercato nella seconda Repubblica. Dalle privatizzazioni alla crisi finanziaria*, Bologna, Il Mulino, 2011, in part. p. 65 ss.; nonché E. BOSCHERINI, M. SARTORI, *Sviluppo delle infrastrutture. Le priorità nazionali per la crescita economica*, Milano, Etas, 2010, in part. p. 36 ss., e M. PONTI, *Note on infrastructure concession regimes and transport policy*, in *Report of the hundred and eighteenth round table on transport economics*, Paris – European conference of Ministers of transport, 2002, p. 133 ss. Tra i contributi risalenti, si esamina S. SCOTTI CAMUZZI, *Le concessioni autostradali: profili giuridici*, Firenze, Nardini, 1987.

<sup>17</sup> Cfr. UNCTAD, *Best Practices in Investment for Development*, New York-Geneva, 2009, p. 20.

caratura monista<sup>18</sup>. La definizione dei poteri di *judicial review* è contenuta nello *Administrative Decisions Act* del 1977.

Assumono una rilevanza ancor maggiore di quelle legislative altre due fonti: da un lato, il *deed*, il contratto accessivo all'atto di concessione che struttura le obbligazioni del committente pubblico e del contraente privato e il cui contenuto è negoziato in fase di stipulazione; dall'altro le *National Public Private Partnership Guidelines* (nel prosieguo, *guidelines* o linee guida federali) predisposte dall'agenzia federale delle infrastrutture e approvate dal *COAG – Council of Australian Governments*<sup>19</sup> nel 2008, aggiornate costantemente e condensate in un corposo documento in nove volumi<sup>20</sup>. Queste illustrano le opzioni di affidamento dei lavori, i principi civilistici da far confluire all'interno del *deed*<sup>21</sup>, le regole sub-federali che ogni Stato e Territorio ha stabilito in materia, i metodi e criteri per valutare il merito di un progetto o le singole offerte.

Il sistema di affidamento, realizzazione e gestione delle infrastrutture autostradali in Australia non si regge su criteri di specialità forte rispetto alla disciplina generale delle infrastrutture appartenenti ad altre tipologie. Gli Stati e i Territori sono responsabili degli affidamenti, il governo federale dei finanziamenti e la disciplina, come si è accennato, conosce un'amplissima delegificazione, un marcato ricorso a linee guida e a documenti di indirizzo, un deciso utilizzo di metodi di risoluzione delle controversie para-giudiziali o non giudiziali. A ciò si aggiungo altri elementi, quali la formulazione di parametri di valutazione dei progetti stabiliti da società private di consulenza e poi recepiti dall'amministrazione, nonché la redazione di numerosi *procurement manuals* federali e sub-federali che conferiscono flessibilità all'intero sistema e lo aprono lateralmente ai privati. Del resto, le modalità con cui i governi pubblicano le informazioni relative alle regole non sono mai disgiunte da quelle che riguardano più da vicino le opportunità di finanziamento, la stima dei costi dei progetti, le obbligazioni fiscali e, più in

<sup>18</sup> I due tribunali federali che intervengono in regime di *judicial review*, la Federal Court e la High Court, sono regolati da leggi del 1976 (Federal Court of Australia Act) e del 1979 (High Court of Australia Act). Entrambi sono competenti a sindacare la legittimità degli atti e dei provvedimenti amministrativi e ad amministrazione la giustizia civile. D. SPENCER (ed. by), *Australia essential dispute resolution*, Sydney, Cavendish, 2005, in part. p. 94 ss., nonché, amplius, ADMINISTRATIVE REVIEW COUNCIL, *Judicial Review in Australia*, April 2011, passim.

<sup>19</sup> Il COAG è una sorta di conferenza intergovernativa, riunisce i rappresentanti del governo federale, dei governi dei sei Stati australiani e dei due Territori, nonché dell'ALGA – *Association of Local Government*.

<sup>20</sup> *Policy Framework, Guidelines Overview, Detailed Guidance Material, Procurement Options Analysis, Practitioner's Guide, Commercial Principles for Social Infrastructure, Public Sector Comparator Guidance, Discount Rate Methodology Guidance, Jurisdictional Requirements*.

<sup>21</sup> Il "*deed*", negli ordinamenti giuridici di *common law*, è un atto negoziale solenne da redigere in forma scritta e alla presenza di un testimone. Viene solitamente utilizzato per le donazioni, le promesse unilaterali, transazioni che trasferiscono beni o diritti, costituzione di diritti reali, remissione di debito, costituzione di *trust*. Per un approfondimento, COUNCIL OF THE NOTARIATS OF THE EUROPEAN UNION, *Comparative Study on Authentic Instruments*, 2008, passim.

generale, le tecniche con cui i governi sub-federali e gli operatori di settore sono stati o possono essere coinvolti nel procedimento di definizione del fabbisogno infrastrutturale del Paese.

## **2. Il sistema di *governance* politico-amministrativo e il mercato dei capitali per le infrastrutture.**

La *governance* del settore infrastrutturale australiano e le modalità di finanziamento delle opere, in ragione delle strette relazioni che intercorrono la prima e le seconde, inducono a trattare i due temi congiuntamente. Da un lato, infatti, la pianificazione politica degli obiettivi consente di comprendere come si pervenga alla definizione delle opere prioritarie. Dall'altro, la pianificazione ha un impatto diretto sull'ammontare dei fondi federali disponibili e sulle modalità di erogazione. Tale relazione non è sconosciuta al governo: con l'approvazione della "agenda per le infrastrutture" da parte del governo *liberal* di Tony Abbott, in carica dal settembre 2013, è stato previsto l'immediato stanziamento supplementare di 5 miliardi di dollari per la realizzazione di opere autostradali di interesse nazionale<sup>22</sup>, da finanziare in concorso con i privati e con i governi sub-federali tra il 2014 e il 2019.

I privati e la finanza, come appare evidente da queste prime considerazioni, sono attori fondamentali per la realizzazione delle opere in Australia. Tuttavia, il sistema di *governance* del settore rende spesso elevati i costi di transazione e di "*bargaining*" tra i due principali livelli di governo interessati, quello federale e quello degli Stati e dei Territori. A ciò si aggiunge una non chiara definizione delle infrastrutture stradali di "interesse nazionale"<sup>23</sup>, la cui identificazione è rimessa in parte ad atti legislativi del Parlamento australiano, in parte ad atti politici in senso stretto. Non a caso, l'istituzione di *Infrastructure Australia* e dell'ufficio dell'*Infrastructure Coordinator* nel 2008<sup>24</sup> è stata ispirata dalla necessità di

<sup>22</sup> LIBERAL PARTY, *Press Release – Final Update on Federal Coalition Election Policy Commitments*, September 2013. Il termine "dollari", ogni qual volta ricorre, è da intendersi come sostituito di "dollari australiani".

<sup>23</sup> "Nationally significant infrastructure has been identified for airports, seaports, and partially in rail infrastructure. It has not been identified for roads, terminals or interchanges between modes." AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, 2013 State of Play Report: Australia's Key Economic Infrastructure Sectors, December 2013, p. 8.

<sup>24</sup> *Infrastructure Australia Act 2008*, così come modificato dall'*Infrastructure Australia Amendment Bill del 2013*.

accentrare la funzione di indirizzo e coordinamento<sup>25</sup> nell'approntamento delle priorità strategiche e nella promozione delle sinergie pubblico-private per la realizzazione delle opere.

*Infrastructure Australia* è un'agenzia federale con funzioni prevalentemente consultive e di raccordo tra organo politico federale, governi sub-federali e operatori di settore. Rappresenta, in altre parole, il *pivot* del sistema di *governance* delle infrastrutture australiane e trae gran parte della sua *expertise* dal settore privato, visto che alcuni membri, compreso il presidente, devono necessariamente provenirvi. Non esercita funzioni di amministrazione attiva ma concorre, assieme al Dipartimento federale delle infrastrutture e dello sviluppo regionale (*Department of Infrastructure and Regional Development*), cui è preposto il ministro omonimo, all'individuazione dei progetti infrastrutturali a rilevanza nazionale che saranno finanziati dal governo centrale.

Nello specifico, l'agenzia, composta da un presidente e da undici membri di nomina ministeriale che restano in carica non più di tre anni<sup>26</sup>, ha il compito di consigliare il Ministro delle infrastrutture, i governi degli Stati e dei Territori australiani, i governi locali e gli investitori sui bisogni futuri del Paese di nuove infrastrutture, sulla politica di regolazione del settore, sulle opzioni di riforma del quadro legislativo e regolamentare, sui meccanismi di finanziamento delle opere, sulla tutela degli utenti. Può condurre indagini e organizzare audizioni, deve sviluppare la lista delle priorità strategiche da finanziare (*Infrastructure Priority List*), da aggiornarsi tre volte all'anno<sup>27</sup>, e assicurarsi che gli investimenti siano sufficienti a coprire gli obblighi assunti dal committente pubblico. Riceve direttive dal Ministro ma elabora autonomamente le priorità cui si è fatto cenno<sup>28</sup>.

Accanto all'agenzia federale opera l'*Infrastructure Coordinator*, un ufficio preposto allo svolgimento dei compiti istituzionali affidati alla stessa agenzia che si

---

<sup>25</sup> “There are differences in the way that infrastructure is provided across Australia’s transport sector which means that it is difficult to achieve coordinated, flexible and responsive transport infrastructure systems. Integrated, long-term plans and public reporting on the performance of infrastructure should be key goals for the transport sector. Infrastructure Australia continues to undertake work in a number of fields relevant to the reform of Australia’s transport sector.”. Così AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, 2013 *State of Play Report: Australia’s Key Economic Infrastructure Sectors*, December 2013, p. 10.

<sup>26</sup> Infrastructure Australia Act 2008, Division 2: “Constitution and membership of Infrastructure Australia”. Nove membri, compreso il presidente, sono scelti su proposta del Commonwealth australiano; tre membri sono scelti di concerto tra gli Stati, il Territorio della Capitale e il Territorio del Nord. In ogni caso, cinque membri, compreso il presidente, devono aver acquisito particolare esperienza nel settore privato, uno nel governo locale.

<sup>27</sup> L'ultimo aggiornamento noto è della fine di febbraio 2014. AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *Infrastructure Australia Presentation – Infrastructure Tax Loss Incentive*, July-August 2013, p. 11.

<sup>28</sup> Infrastructure Australia Act 2008, Article 5: “Functions”.

avvale di un contingente di *civil servants*<sup>29</sup> provenienti dal Dipartimento delle infrastrutture. L'agenzia ha a disposizione un *budget* biennale, utilizzabile per l'esercizio delle sue funzioni, di circa 12 milioni di dollari<sup>30</sup>.

Il Parlamento australiano è in procinto di approvare una modifica all'*Infrastructure Australia Act 2008*<sup>31</sup>, istitutivo dell'agenzia. Le principali novità riguarderanno la qualificazione dell'agenzia come "*body corporate*" ai sensi del *Commonwealth Authorities and Companies Act 1997*, che ne rafforzerà l'autonomia dalle istituzioni del *Commonwealth* australiano; l'istituzione di un *board* e di un *Chief Executive Officer*, che risponderà direttamente al Ministro delle infrastrutture (i due nuovi organi sostituiranno il collegio, il presidente e l'ufficio di coordinamento); il rafforzamento della funzione di selezione delle priorità infrastrutturali del Paese e di pianificazione della realizzazione di *National Significant Infrastructure*, ossia di quelle infrastrutture dal forte impatto sull'economia nazionale, localizzate in più di uno Stato<sup>32</sup>.

In base alla costituzione australiana del 1900<sup>33</sup>, come si accennava nel primo paragrafo, la clausola di residualità della competenza legislativa dei singoli parlamenti statali prevede, implicitamente, che il finanziamento delle infrastrutture stradali e autostradali competa esclusivamente agli Stati e ai Territori. Questi, attualmente, curano le fasi "amministrate" relative alla realizzazione delle opere<sup>34</sup>, dalla procedura di affidamento dei lavori sino alla regolazione del rapporto contrattuale. Tuttavia, il governo federale può appaltare lavori direttamente in caso di infrastrutture di rilevanza nazionale e trasferire fondi per la costruzione e la manutenzione delle strade ed autostrade ai livelli di governo sub-federali. Può farlo, in particolare, per la realizzazione di quelle arterie che interessano il trasporto di persone e merci in più di uno Stato o Territorio incluse nel *National Land Transport Network*, una lista di infrastrutture stradali, autostradali, urbane e non urbane, nonché ferroviarie, di interesse nazionale. La lista, contenuta dal 2004 al 2009 nello

<sup>29</sup> *Infrastructure Australia Act 2008*, Article 39: "Staff assisting the Infrastructure Coordinator".

<sup>30</sup> THE PARLIAMENT OF THE COMMONWEALTH OF AUSTRALIA – HOUSE OF REPRESENTATIVES, *Infrastructure Australia Amendment Bill 2013*, 2013, p. 2.

<sup>31</sup> *Infrastructure Australia Amendment Bill 2013*, approvato dopo la terza lettura dalla Camera dei Rappresentanti e, attualmente, in seconda lettura al Senato.

<sup>32</sup> *Infrastructure Australia Act 2008*, Article 3: "Definitions": "*Nationally Significant Infrastructure includes transport infrastructure; and energy infrastructure; and communications infrastructure; and water infrastructure; in which investment or further investment will materially improve national productivity*".

<sup>33</sup> "This list of powers given to the Commonwealth Parliament does not expressly refer to a number of important subjects including education, the environment, criminal law, and roads – but this does not mean that those subjects are wholly outside the Parliament's powers." PARLIAMENTARY EDUCATION OFFICE AND AUSTRALIAN GOVERNMENT SOLICITOR, *Australia's Constitution. With Overview and Notes by the Australian Government Solicitor*, 2010, p. vi.

<sup>34</sup> WORLD ECONOMIC FORUM, *Infrastructure Investment Policy Blueprint*, February 2014, p. 21.

*AusLink Act*, è attualmente inserita nel *Nation Building Program Act 2009*<sup>35</sup>. Diversamente da quella approntata dall'agenzia federale, è fissa a meno di emendamenti legislativi. Il Dipartimento federale delle infrastrutture e dello sviluppo regionale gestisce i programmi di finanziamento e coordina le attività delle omologhe strutture substatali<sup>36</sup>.

Il finanziamento delle infrastrutture stradali e autostradali, rispetto al quale cui il Dipartimento rappresenta l'interlocutore federale principale, ha conosciuto tre fasi distinte: la prima, conclusasi ufficialmente nel 1959<sup>37</sup> ma proseguita di fatto sino al 1982, durante la quale il governo federale non ha utilizzato fondi specifici e vincolati (*earmarked*) per finanziare la realizzazione delle opere, bensì la fiscalità generale; la seconda, iniziata con l'approvazione dello *Australian Bicentennial Road Development Trust Fund Act 1982*, abrogato dallo *Australian Land Transport Development Act 1988*, che ha istituito un fondo per la raccolta dei proventi dall'accisa sui carburanti, da utilizzarsi per i trasferimenti federali finalizzati alla realizzazione di infrastrutture autostradali; la terza, a partire dal 1991-1992, ha visto il ritorno ai fondi vincolati: il governo federale, infatti, ha stabilito preventivamente la porzione di tasse utile per coprire i trasferimenti ai governi statali, apponendovi uno specifico vincolo di destinazione<sup>38</sup>.

Dal 2014, il modello elaborato negli anni Ottanta ha ripreso vigore: gli introiti derivanti da tasse e accise federali legate al trasporto, giacenti in un fondo di fiscalità generale (*Consolidated Revenue Fund*), vengono trasferiti dal bilancio centrale (voce *National Partnership Payments to the States*, sottovoce *Nation Building Program*) a quelli subnazionali sulla base delle disposizioni del *Nation Building Funds Act* del 2008<sup>39</sup> e dell'elenco di infrastrutture ivi contenuto.

Il Dipartimento delle infrastrutture e dello sviluppo regionale gestisce, come si è accennato, i programmi di finanziamento principali<sup>40</sup>. Attraverso i programmi nazionali (*National Programs*) sono trasferite a Stati e Territori le risorse per finanziare la costruzione e la manutenzione di strade e autostrade che fanno parte

<sup>35</sup> Il governo australiano, che pure aveva iniziato a finanziare la costruzione di strade e autostrade dagli anni Venti, non ha finanziato per intero alcuna infrastruttura sino all'approvazione del *National Roads Act*, avvenuta nel 1974, abrogato dallo *State Grants Roads Act* del 1977, a sua volta abrogato nel 1988 dallo *Australian Land Transport Development Act*, in vigore sino al 2004.

<sup>36</sup> GLOBAL LEGAL RESEARCH CENTER – LIBRARY OF CONGRESS, *National Funding of Road Infrastructure*, March 2014, in part. p. 3 ss.

<sup>37</sup> GLOBAL LEGAL RESEARCH CENTER – LIBRARY OF CONGRESS, *National Funding of Road Infrastructure*, March 2014, in part. p. 9.

<sup>38</sup> THE TREASURY, *Fuel Taxation Inquiry: History of Fuel Taxation in Australia*, 2001, in part. p. 5 ss. Si veda anche THE AUDITOR GENERAL – AUSTRALIAN NATIONAL AUDIT OFFICE, *Management of the National Highways System Program*, Canberra, 2001, in part. p. 8 ss.

<sup>39</sup> DEPARTMENT OF FINANCE, *The Commonwealth's Appropriation Framework – An Introduction*, January 2014, p. 22 ss.

<sup>40</sup> DEPARTMENT OF INFRASTRUCTURE AND REGIONAL DEVELOPMENT, *Funding Programs*, 2013, p. 10 ss.

del *network* nazionale, mentre gli *Off-Network Projects* finanziano le infrastrutture a valenza subnazionale. Ogni governo statale riceve fondi per la manutenzione delle porzioni locali di infrastruttura, in parte variabile (*Roads to Recovery Program*, sulla base della popolazione e della lunghezza dei tratti interessati) e in parte fissa (*Funding for Local Roads*, sulla base di compensazioni, stabilite dal governo federale, che tengono conto della serie storica dei finanziamenti, dell’inflazione, della crescita della popolazione). Infine, ogni governo statale può richiedere a quello federale fonti destinati al miglioramento delle infrastrutture a più alto tasso di incidenti stradali (*Black Spot Program*)<sup>41</sup>.

“*Despite the end of the Australian summer, with a reported pipeline of more than A\$920 billion (US\$938bn) in infrastructure investments, Australia continues to be a hot destination for international infrastructure capital. Its economy remains reasonably strong (albeit currently buffeted by a high dollar and softer commodity prices), has a reasonable pipeline of opportunity and a mature, well developed low risk market with active debt and equity players.*”<sup>42</sup>. A queste considerazioni possono aggiungersene alcune altre relative ai pilastri su cui la *governance* politico-amministrativa si regge: nelle interrelazioni tra governo federale e governi nazionali, questi influenzano direttamente la struttura del mercato australiano delle infrastrutture, il modo con cui gli operatori di settori partecipano alla definizione delle *policies*, nonché gli strumenti con cui le informazioni sul suo andamento sono raccolte e pubblicate.

Non a caso, nel febbraio 2014, *Infrastructure Australia*, che ha tra i suoi compiti anche la promozione e la fluidificazione degli investimenti e dei rapporti tra finanziatori pubblici e *contractor* privati, ha avviato apposite consultazioni aventi ad oggetto le modalità con cui le infrastrutture, comprese le autostrade, sono finanziate e lo stato del mercato dei capitali. Ha riunito a tale scopo i principali operatori del settore infrastrutturale (*PPP sponsor*, investitori istituzionali, consulenti finanziari, costruttori, banche, l’associazione dei fondi pensione australiani)<sup>43</sup>, nonché il Tesoro e il Dipartimento delle infrastrutture e dello sviluppo regionale<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> L’elenco dettagliato delle singole opere finanziate è disponibile all’interno di alcuni documenti del Dipartimento delle infrastrutture e dello sviluppo regionale: *National Projects*, 2014; *Off-Network Projects*, 2014; *Roads to Recovery Programme Funding Allocations 2009-2014*, 2014; *Roads to Recovery Funding Conditions*, 2014; *Funding for Local Roads*, 2014; *Black Spot Program Funding Conditions*, 2014.

<sup>42</sup> V. DWYER, H. LOGAN, *Still in the Sun. Australian Infrastructure Investment*, in *Infrastructure Journal*, 2013, 8 May 2013.

<sup>43</sup> Cfr. AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *Review of Infrastructure Debt Capital Market Financing*, February 2014, Attachment A, p. 24. Questi i partecipanti alla consultazione: Plenary Group, The Bank of Tokyo-Mitsubishi UFJ, Commonwealth Bank of Australia, Macquaire Capital, Challenger Financial Group, AMP Capital, Amber Infrastructure, Capella Capital, Thiess, InfraRed Capital Partners, Infrastructure Partnership Australia, Westpac Banking Corporation, Leighton Holdings Limited,



Sono emersi, a margine della consultazione, alcuni dati salienti sulle caratteristiche e sullo “stato di salute” dei metodi di finanziamento delle infrastrutture presenti sul territorio nazionale. Da evidenziare, in primo luogo, che il mercato australiano dei *project bond* è sostanzialmente chiuso dal 2007 a causa della perdurante crisi finanziaria<sup>45</sup>. Questo, tuttavia, è stato particolarmente florido nel periodo pre-crisi. Dal 2000 al 2006, infatti, sono stati emessi *bond (unwrapped project bond)* per un ammontare complessivo di 2,3 miliardi di dollari ed è stato registrato un volume unitario medio di 300 milioni per singola transazione. Dal 2005 al 2007, sono stati emessi *bond (monoline wrapped project bond)*, ossia titoli garantiti da un’assicurazione) per un ammontare complessivo di 6,2 miliardi di dollari ed è stato registrato un volume unitario medio di gran lunga superiore a quello degli *unwrapped bond*<sup>46</sup>. Nel breve periodo, si stima che la contrazione del mercato dei *project bond*, che aveva quale caratteristica fondamentale la capacità di minimizzare il costo del debito contratto per finanziare la realizzazione delle opere, continuerà<sup>47</sup>.

Le *partnership* pubblico-private per la realizzazione di infrastrutture, dal 2007, sono state finanziate quasi esclusivamente da prestiti bancari a breve scadenza<sup>48</sup>, caratterizzati da un rifinanziamento crescente del rischio. Da considerare, tuttavia, che anche questa forma di finanziamento ha conosciuto una contrazione significativa: dal 2008, infatti, per nessun progetto di ampia portata finalizzato alla creazione *ex novo* di infrastrutture (c.d. *greenfield projects*), ad esclusione dell’*AirportLink* di Brisbane<sup>49</sup>, è stato chiesto un finanziamento di considerevoli

---

John Holland, Cintra, National Australia Bank, PricewaterhouseCoopers, KPMG, Assured Guarantee, Baulderstone, JANA, Victoria Funds Management Corporation, Ernst and Young, Association of Superannuation Funds of Australia, Industry Funds Management, Aurecon, UniSuper, Bilfinger Berger Project Investments, ANZ Banking Group.

<sup>44</sup> In argomento, AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *Review of Infrastructure Debt Capital Market Financing*, February 2014. Al report è allegata una breve descrizione dei metodi di finanziamento delle infrastrutture canadesi. Il Canada, per l’appunto, è un mercato che gli operatori australiani, istituzionali e privati, considerano esempio di efficienza e di apprezzabile bilanciamento tra fonti diverse di finanziamento.

<sup>45</sup> Sul rapporto tra crisi e stato del mercato obbligazionario, in particolare, A. POLICE, *Crisi economica e ruolo del project financing e dei project bonds*, in *Munus*, n. 3, 2013, p. 221 ss.

<sup>46</sup> In questo caso, lo studio sottolinea che gli investitori hanno privilegiato più il profilo creditizio dell’assicuratore, solitamente di classe “AAA”, che il “*project credit*”. I *project bond* hanno avuto una certa fortuna tra gli anni Novanta e l’inizio degli anni Duemila. Il loro utilizzo è stato progressivamente abbandonato anche per inconvenienti fiscali: in tal senso, PRICEWATERHOUSECOOPERS, *Funding Infrastructure: Time for a New Approach?*, 2011, in part. p. 27.

<sup>47</sup> Cfr. AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *Review of Infrastructure Debt Capital Market Financing*, February 2014, in part. pp. 6 e 8.

<sup>48</sup> Cfr. AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *Review of Infrastructure Debt Capital Market Financing*, February 2014, in part. p. 11. Tale tendenza, accompagnata alla scarsa attività di M&A nel settore, è confermata da alcuni analisti. Si veda, in particolare, PRICEWATERHOUSECOOPERS, *Infrastructure Investing – Global Trends and Tax Considerations*, March 2011, in part. p. 2 ss.

<sup>49</sup> L’*AirportLink* di Brisbane è un’autostrada a pedaggio, conclusa nel 2012, che connette il centro della città alla *East-West Arterial Road* verso l’aeroporto. Comprende rampe d’accesso, la galleria più lunga

volume e durata. In aggiunta, va considerato che il mercato dei capitali non gode di alcuna attività di promozione da parte del governo federale, il quale lascia alle dinamiche allocative il finanziamento delle opere<sup>50</sup>.

Il mercato dei prestiti bancari è suddiviso, approssimativamente, al 50%: metà è finanziato da banche straniere, metà da operatori bancari australiani (in numero compreso tra 20 e 30<sup>51</sup>). La capacità di finanziamento del sistema bancario è stimata, al 2014, in 4 miliardi di dollari per progetto di tipo *greenfield*, mentre quella pre-crisi era stimata in circa 8,5 miliardi di dollari per progetto. All'interno del mercato dei capitali resi disponibili dalle banche si rinvengono notevoli differenze relative al costo del debito, combinate ad una liquidità complessiva sub-ottimale<sup>52</sup>. La liquidità del mercato, tuttavia, ha registrato una crescita considerevole nel 2013, tanto che il progetto per l'*East West Link* di Melbourne, uno dei più rilevanti per la regione in termini di volume finanziario impiegato ed impatto sul sistema viario, è già in fase di avvio<sup>53</sup>. A ciò si aggiunge il consistente ingresso nel mercato di *asset manager*, compagnie di assicurazione e, soprattutto, fondi pensione<sup>54</sup>. Tale circostanza è confermata dalle analisi dello *IFWG – Infrastructure Finance Working Group*, un *panel* di consulenti dell'agenzia federale delle infrastrutture<sup>55</sup>, e dal *World Economic Forum*<sup>56</sup>.

---

d'Australia (6,7 km) e venticinque cavalcavia. Il costo di realizzazione è stato stimato in 4,8 miliardi di dollari, il volume dei pedaggi in 4,9 miliardi dal 2013. I lavori sono stati realizzati da un consorzio composto da Macquaire, BrissConnections, Thiess e John Holland. In argomento, BRISCONNECTIONS, *Construction. AirportLink and Northern Busway*, 2009.

<sup>50</sup> “[...] *there is no concerted government policy to attract FDI in the developer/operator or contractor roles. This is left to the market.*”. UNCTAD, *Best Practices in Investment for Development*, New York-Geneva, 2009, p. 36.

<sup>51</sup> Il numero degli operatori bancari, nel periodo pre-crisi, era compreso fra 30 e 40. AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *Review of Infrastructure Debt Capital Market Financing*, February 2014, in part. p. 6.

<sup>52</sup> AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *Review of Infrastructure Debt Capital Market Financing*, February 2014, in part. p. 7. Gli operatori di settore richiamano la necessità di un pronto recepimento dei principi di Basilea III, tuttavia non previsto sino al 1° gennaio 2018. Di diverso avviso è M. REGAN, *Project finance: transactional evidence from Australia*, in *Public Infrastructure Bulletin*, n. 9, 2014, p. 1, in cui si legge che “*The new Basel II capital adequacy rules will make it harder for banks to provide long-term project finance, and alternative sources of finance such as the shadow banking sector, fund managers, sovereign wealth funds, and institutional investors will take time to bridge the financing gap*”, *sebbene si riconosca che “it is difficult to source project finance for tenors beyond seven years, risk premiums are higher, and finance is difficult to source*”.

<sup>53</sup> L'*East West Link* è una autostrada a pedaggio di 18 km, comprendente una galleria di 4,4 km. Parte da Melbourne e raggiunge la *Eastern Freeway*, una strada non a pedaggio nei pressi della città. Il governo federale, nel 2013, ha impegnato un finanziamento di 294 milioni di dollari per la sua realizzazione. L'inizio dei lavori è previsto per il 2014, la conclusione per il 2019. Il costo dell'avvio dei lavori è stimato tra i 6 e gli 8 miliardi di dollari, il costo totale tra i 15 e i 17 miliardi. In argomento, SIR ROD EDDINGTON, *Investing in Transport: East West Link Needs Assessment*, March 2008, chapter 5, in part. p. 129 ss.

<sup>54</sup> In particolare, *Industry Funds Management, Australian Super, CARE Super, Hesta*.

<sup>55</sup> Cfr. INFRASTRUCTURE FINANCE WORKING GROUP, *Infrastructure Finance and Funding Reform*, 2012, p. 28.

I fondi pensione australiani, in particolare, investono sulla realizzazione di infrastrutture nazionali o estere una elevata quota di capitale proprio, una delle più alte a livello globale: a linee di credito aggiuntive di 10 miliardi di dollari per progetti *greenfield* di breve durata, si sommano 8 miliardi di investimenti che rifinanziano i progetti previsti per il quadriennio 2014-2018<sup>57</sup>. Ciò nonostante, il mercato obbligazionario dei *corporate bond* australiani rimane assai contenuto, in termini di volume, per gli *standard* internazionali, costituendo solo il 20-30% del totale delle transazioni<sup>58</sup>.

Da tener presente, inoltre, che la grande maggioranza dei finanziamenti ottenuti attraverso il canale bancario (l'80% nel 2013) ha una durata limitata (da 1 a 5 anni) ed un *pricing* ritenuto generalmente corretto da parte degli operatori di settore<sup>59</sup>. La parte restante dei finanziamenti, quantitativamente limitata, è disponibile per linee di credito di durata settennale. La possibilità di ottenere finanziamenti di lungo periodo è, conseguentemente, assai limitata.

Uno studio delle Nazioni Unite<sup>60</sup> ha identificato quattro profili di investitori attivi nel settore delle infrastrutture australiane. L'investitore "riluttante" (*reluctant*) è, tipicamente, l'impresa (*D&C contractor*) impegnata in attività di medio termine di costruzione e rapido *handover* che impegna almeno il 15% di *equity* e funge spesso da sub-affidatario principale. L'investitore "catalitico" (*catalytic*) impiega risorse finanziarie per sostenere l'attività di altre imprese, generalmente consorzi concessionari nel settore autostradale, ma non si avvale di una struttura operativa propria. L'investitore "emergente" (*emerging*) sopporta le obbligazioni di realizzazione e gestione dell'opera nel lungo periodo. Infine, l'investitore a "basso rischio" (*low-risk, long-term*), tipicamente un fondo pensione, che impiega capitali nel lungo periodo ma, di norma, non è impegnato nelle fasi di affidamento.

---

<sup>56</sup> Sull'attrattività del modello australiano di partecipazione degli investitori istituzionali al mercato delle infrastrutture, WORLD ECONOMIC FORUM, *Infrastructure Investment Policy Blueprint*, February 2014, p. 11. Ex multis, B. BELT, J. NIMMO, *Catalyzing Pension Fund Investment in the Nation's Infrastructure*, Miken Institute, Washington, April 2013, nonché OECD, *Annual Survey of Large Pension Fund and Public Pension Reserve Fund: Report on Pension Fund's Long-term Investments*, Paris, October 2013, passim.

<sup>57</sup> Gli operatori di settore segnalano il forte appetito delle banche per il finanziamento o rifinanziamento di progetti *brownfield*, generalmente meno rischiosi. AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *Review of Infrastructure Debt Capital Market Financing*, February 2014, in part. p. 7. I finanziamenti dall'estero sono veicolati, nella maggior parte dei casi, da imprese australiane affiliate ad operatori stranieri: più difficilmente questi divengono concessionari. Ad esempio, il 55% del capitale della *Leighton Holding*, che comprende i costruttori John Holland e Thiess, è posseduto dalla tedesca Hochtief. La tedesca Bilfinger ha acquisito, tramite una controllata australiana, le società di costruzione Abigroup e Baulderstone. Sul punto, *amplius*, UNCTAD, *Best Practices in Investment for Development*, New York-Geneva, 2009, p. 40 ss.

<sup>58</sup> In particolare, AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *Review of Infrastructure Debt Capital Market Financing*, February 2014, in part. pp. 11-12.

<sup>59</sup> Cfr. AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *Review of Infrastructure Debt Capital Market Financing*, February 2014, in part. p. 8.

<sup>60</sup> UNCTAD, *Best Practices in Investment for Development*, New York-Geneva, 2009, p. 42 ss.

Prescindendo da tali categorie, occorre infine sottolineare che il grado di *leverage*, ossia l'ammontare di *equity* utilizzato dall'operatore "medio" nel mercato delle infrastrutture australiano, è in costante crescita: il *gearing ratio*, cui si lega un più considerevole rischio, è di conseguenza elevato. In altri termini, il rischio finanziario associato a prestiti a breve scadenza determina un utilizzo massiccio di fondi propri da parte dei privati e i meccanismi tampone prescelti dai committenti pubblici (quali, ad esempio, il rifinanziamento dei margini o il tasso di interesse fisso per un certo periodo di tempo) appaiono non sempre sufficienti a garantire, da un lato, stabilità e prevedibilità alle leve finanziarie da adoperare<sup>61</sup> e, dall'altro, profittevoli ritorni sul capitale investito<sup>62</sup>. Se è vero che il mercato australiano delle infrastrutture è florido, è altrettanto vero che i profili di rischio associati alle operazioni sono certamente in crescita.

### 3. L'individuazione delle opere e gli obblighi di gestione finanziaria.

Con il *Nation Building Program Act* del 2009, che ha interamente sostituito il *National Land Transport Act* del 2004, sono stati affidati al Ministro delle infrastrutture, tra gli altri, i poteri di individuazione della rete stradale e autostradale di livello nazionale finanziabile attraverso fondi federali<sup>63</sup>. La legge elenca i criteri con cui il Ministro può individuare il *National Land Transport Network* e i requisiti

<sup>61</sup> Possono aggiungersi le considerazioni seguenti: "Although project finance banks will firmly remain a key part of the investment climate, they may evolve to having more of a bridging role between construction and operation phase funding with alternative funding offered by the rise of equity from insurers, pension funds, North Asian capital and infrastructure funds. Another issue for the market to consider is that long term project funding is becoming more expensive in a post-Basel III world. With commercial banks constrained by short tenors and institutional investors reluctant to take construction risk, long term project bonds could help bridge a funding gap for major infrastructure projects. [...]. Long term fixed income government-issued bonds with concessional tax arrangements would improve the bankability of infrastructure projects." V. DWYER, H. LOGAN, *Still in the Sun. Australian Infrastructure Investment*, in *Infrastructure Journal*, 2013, 8 May 2013.

<sup>62</sup> Il sistema australiano delle PPPs, specialmente dopo il 2007, tende a trasferire quasi tutto il rischio sugli operatori privati. Questi ultimi segnalano come il Regno Unito, mediante la "Private Finance 2 Initiative", stia privilegiando un approccio basato sulla condivisione del rischio e sulla separazione tra rischio di mercato e rischio legato alla performance. Sul punto, AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *Review of Infrastructure Debt Capital Market Financing*, February 2014, in part. p. 7, nonché FINANCIAL SERVICES COUNCIL, *Superannuation Investment in Infrastructure. Steps Further Efficiency*, January 2014, in part. p. 3., e T. IRWIN, *Public Money for Private Infrastructure*, World Bank Working Paper, n. 10, August 2003, in part. p. 15 ss.

<sup>63</sup> All'art. 3 della legge è indicato che: "The object of this Act is to assist national and regional economic and social development by the provision of Commonwealth funding aimed at improving the performance of land transport infrastructure". Si consideri che la legge dispone anche in materia di infrastrutture ferroviarie: dato l'oggetto del presente capitolo, di queste non si tratterà.

fisici che le opere incluse devono necessariamente possedere (art. 5). La rete, per la parte relativa all'infrastruttura viaria, deve essere composta da strade o autostrade di nuova costruzione o esistenti che collegano i) due capitali; ii) una capitale e un centro urbano commerciale; iii) due centri urbani commerciali; iv) una capitale o un centro urbano commerciale ad una infrastruttura di trasporto intermodale; v) due strade o autostrade di cui ai punti precedenti; vi) una strada o autostrada di cui ai punti precedenti e un'infrastruttura di trasporto intermodale. Sul versante delle competenze a realizzare le opere, di norma si segue un criterio di sussidiarietà, tuttavia flessibile, come già anticipato nel paragrafo precedente: la realizzazione di autostrade nazionali è appaltata dal governo federale mentre quelle di autostrade e strade a valenza sub-federale dai governi degli Stati e dei Territori<sup>64</sup>.

La legge del 2009 riguarda esclusivamente quelle opere infrastrutturali (stradali o ferroviarie) finanziate, in tutto o in parte, con fondi federali: “*where payments are made directly to a State, an authority of a State or any other body corporate*”<sup>65</sup>. Il Ministro approva i *National Building Program National Projects* (art. 9): si tratta dei progetti di costruzione o manutenzione di infrastrutture di trasporto che rientrano nella rete nazionale e che, eventualmente, sono compresi nel piano nazionale di trasporto (*National Land Transport Plan*)<sup>66</sup> o nella *Corridor Strategy*<sup>67</sup>, che aumentano, in base ad una decisione del Ministro, l'efficienza e la sicurezza della rete, che comportano benefici di natura economica o ambientale, che possono essere finanziati da soggetti diversi dal governo federale (art. 11).

La proposta dei progetti da finanziare segue modalità stabilite liberamente dal Ministro: egli, infatti, “*may invite the submission of particulars of projects for consideration for approval as Nation Building Program National Projects*” e “*An invitation may be given: (a) to such persons or bodies as the Minister considers appropriate; and (b) by any method that the Minister considers appropriate*” (art. 12). Si badi che l'invito non è necessario e che la *submission* è libera. Ogni proponente è tenuto a predisporre un *PPR – Project Proposal Report* che servirà al Dipartimento delle infrastrutture per istruire il procedimento ed esercitare i poteri

<sup>64</sup> UNCTAD, *Best Practices in Investment for Development*, New York-Geneva, 2009, p. 8: “*In Australia’s federal system, road responsibility is shared between the federal level (national highways), the states (major state roads) and local government. Roads controlled by local government make up about 80 per cent of Australia’s roads, although federal and state government funding has always been important in building local government roads. The respective state governments have been the key drivers in commissioning Australia’s toll roads.*”.

<sup>65</sup> Cfr. *Notes on Administration for the Nation Building Program*, July 2009, p. 1.

<sup>66</sup> Così come definito nel 2004 e modificato nel 2009. La mappa della rete è disponibile in rete: [http://investment.infrastructure.gov.au/whatis/network/images/National\\_Land\\_Transport\\_Network\\_Road\\_Corridors\\_Australia.pdf](http://investment.infrastructure.gov.au/whatis/network/images/National_Land_Transport_Network_Road_Corridors_Australia.pdf)

<sup>67</sup> Si tratta di un piano di sviluppo dell'infrastruttura di trasporto per corridoi (nord-sud, est-ovest) definita dal governo australiano unitamente all'approvazione del c.d. “*AusLink*” (*National Land Transport Act*), in vigore dal 2004 al 2009.

consultivi, di cui è dotato, nei confronti del Ministro<sup>68</sup>. I *PPR* dovranno seguire, nella stima dei costi (tra i principali, *concept development, detail design and documentation, property acquisition, construction*)<sup>69</sup>, il documento “*Best Practice Cost Estimation for Publicly Funded Road and Rail Construction*”, sviluppato dalla società di consulenza *Evans&Peck* nel 2008<sup>70</sup>. L’atto di approvazione del progetto deve identificarne gli estremi, l’ammontare massimo di finanziamento che il governo federale potrà concedere, i soggetti ai quali saranno versate le necessarie provviste finanziarie, l’eventuale sottoscrizione di un *funding agreement*, non necessario nel caso in cui la richiesta di finanziamento provenga da uno Stato o un ente locale (art. 13). Il Ministro può variare o revocare discrezionalmente l’approvazione di un progetto (art. 15).

Il *Nation Building Program Act* contiene, altresì, specifiche disposizioni di natura finanziaria che vincolano l’utilizzo dei fondi federali e prevedono strumenti di *auditing*. I fondi devono essere interamente spesi per la realizzazione del progetto approvato dal Ministro (art. 20), il soggetto finanziato deve consegnare al Ministro, annualmente, relazioni di bilancio e sull’utilizzo dei fondi (art. 21)<sup>71</sup>, consentire ispezioni (art. 22) e comunicare, su richiesta dell’amministrazione federale, informazioni sulla gestione delle risorse assegnate (art. 23). E’ fatto obbligo, agli Stati e agli enti locali, di utilizzare procedure aperte ad evidenza pubblica (*public tenders*) per bandire l’affidamento di lavori diversi dalla semplice manutenzione, realizzati da operatori diversi da *public utilities* (art. 24, par. 1), non aventi il carattere dell’urgenza, finalizzati al raggiungimento di precisi obiettivi occupazionali in una certa regione, di scarsa entità finanziaria. Le autorità pubbliche beneficiarie di finanziamenti sono tenute ad inviare al Dipartimento delle infrastrutture, ogni anno, un rapporto sulle spese sostenute mensilmente e sullo stato di manutenzione dell’infrastruttura (*Road Maintenance Report*), nonché, al completamento di lavori, di un *Post Completion Report*. Il governo federale deve essere tempestivamente informato se i *contractor* privati che hanno eseguito i lavori sono divenuti insolventi o sono soggetti a procedure concorsuali, se il contratto è

<sup>68</sup> Cfr. *Notes on Administration for the Nation Building Program*, July 2009, p. 7.

<sup>69</sup> Cfr. *Notes on Administration for the Nation Building Program*, July 2009, p. 34: “*Outturn Investment Cost Table*”.

<sup>70</sup> I costi da stimare comprendono quelli diretti, quelli indiretti e il margine, la copertura del rischio e dei *cash flow*. Vedi *Notes on Administration for the Nation Building Program*, July 2009, p. 11.

<sup>71</sup> “*For each financial year in which the funding recipient spends or retains any of the funding payment, the funding recipient must give to the Minister as soon as practicable, and in any event within 6 months, after the end of that year: (a) a written statement as to: (i) the amount spent by the funding recipient during that year out of the funding payment; and (ii) the amount retained by the funding recipient out of the funding payment as at the end of that year; and (b) a report in writing and signed by the appropriate auditor stating whether, in the auditor’s opinion: (i) the statement is based on proper accounts and records; and (ii) the statement is in agreement with the accounts and records; and (iii) the expenditure referred to in subparagraph (a)(i) has been on the funded project.*”.

stato rescisso, che gli *standard* di costruzione sono stati violati, se si sono verificate evenienze impreviste<sup>72</sup>.

Il *Nation Building Program Act* prevede, infine, sistemi di individuazione e finanziamento simili a quelli appena descritti per progetti innovativi (*Nation Building Program Transport Development and Innovation Projects*) che riguardano la pianificazione, l'analisi, le applicazioni tecnologiche e gli studi di ricerca e sviluppo sulla rete di trasporto nazionale (*Part 4, Division 1*), nonché dei programmi federali di manutenzione già descritti all'interno di questo capitolo<sup>73</sup>.

L'individuazione delle opere infrastrutturali da realizzare sul territorio australiano, siano esse autostradali o meno, prevede una fase di pre-selezione, utile ad orientare le decisioni disciplinate dalla legge sulle infrastrutture del 2009<sup>74</sup>, cui concorrono i governi degli Stati, dei Territori e il governo federale. Dal 2008, come si accennava nel paragrafo precedente, *Infrastructure Australia* aggiorna annualmente<sup>75</sup> una *National Priority List*. La lista è allegata al *National Infrastructure Plan*, pubblicato entro il mese di giugno di ogni anno<sup>76</sup> e illustrato dal governo federale (*Federal Executive Council*) al *COAG – Council of Australian Governments*. A partire da questa lista, il governo federale australiano seleziona discrezionalmente i progetti migliori<sup>77</sup>, facendo una vera e propria opera di “*cherry picking*” tra quelli proposti dai singoli Stati e Territori<sup>78</sup>. Ogni progetto incluso nella lista comprende il nome dei proponenti, include una stima “appropriata” dei costi e dei benefici (*benefit-cost ratio*) e, se disponibile, il costo del capitale o il costo

<sup>72</sup> Cfr. *Notes on Administration for the Nation Building Program*, July 2009, p. 20 ss.

<sup>73</sup> Si tratta degli *Off-Network Projects* che finanziano le infrastrutture a valenza subnazionale, dei *Roads to Recovery Programs* e dei *Fundings for Local Roads* per la manutenzione delle porzioni locali di infrastruttura, nonché dei “*Black Spot Programs*”, finalizzati ad aumentare la sicurezza delle infrastrutture viaria in cui si registrano i tassi di incidenti più elevati. Si rimanda al par. 2 del presente capitolo per un approfondimento.

<sup>74</sup> Alcuni analisti segnalano la crescente tendenza al finanziamento di progetti “*politically friendly*”, non sempre orientati alla creazione di valore. In argomento, URBAN LAND INSTITUTE, ERNST&YOUNG, *Infrastructure 2013. Global Priorities, Global Insights*, Washington DC, 2013, p. 19.

<sup>75</sup> A partire dal 2014, a seguito dell'entrata in vigore di incentivi fiscali per la realizzazione di infrastrutture (Tax Loss Incentive), l'aggiornamento è effettuato a febbraio, luglio e ottobre. I progetti inclusi nella lista hanno accesso prioritario agli incentivi. Sul punto, AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *Infrastructure Tax Loss Incentive Workshops*, 2013, in <http://www.infrastructureaustralia.gov.au/taxincentive>.

<sup>76</sup> Sul punto, AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Infrastructure Plan*, June 2013.

<sup>77</sup> Cfr. AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *Infrastructure Australian National Priority List*, in <https://www.nics.gov.au/Home/PriorityProjects>.

<sup>78</sup> Istruzioni operative sulle modalità di “*submission*” delle proposte sono contenute in AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *Better Infrastructure Decision Making. Guidelines for Making Submissions to Infrastructure Australia's Infrastructure Planning Process*, December 2013, in part. p. 5 ss.

“reale”<sup>79</sup> dell’operazione. A questi progetti possono aggiungersi quelli che rientrano nei programmi federali che accompagnano la lista di priorità (come, nel caso delle infrastrutture autostradali, la *National Land Freight Strategy*)<sup>80</sup>.

I progetti proposti sono suddivisi dall’agenzia in quattro categorie ma solo se “*nationally significant*”, ossia con un *budget* previsto superiore o pari a 100 milioni di dollari<sup>81</sup> o a rilevante impatto socio-economico: “*Early Stage*” (si tratta dei progetti che hanno identificato opere da realizzare in modo non del tutto soddisfacente), “*Real Potential*” (i progetti, in questo caso, hanno identificato opportune soluzioni a problemi di mobilità, trasporto, telecomunicazioni, sicurezza dell’approvvigionamento idrico e così via ma non hanno raggiunto il grado di completezza richiesto), “*Threshold*” (si tratta di progetti strategici che, potenzialmente, possono essere finanziati e realizzati), “*Ready to Proceed*” (in questo caso, i progetti verranno selezionati e finanziati con l’apporto del governo federale con buona probabilità).

A loro volta, i progetti, prima che venga avviata la fase di *procurement* vera e propria, sono raggruppati per macro-area tematica, corrispondente ad una specifica priorità politica: “*Transforming our Cities*”, “*Competitive International Gateways*”, “*National Freight Network*” (quello che maggiormente interessa, ai fini del presente capitolo, aggiornato a dicembre 2013<sup>82</sup>), “*Adaptable and Secure Water Supplies*”, “*A True National Energy Market*”, “*Essential Indigenous Infrastructure*”, “*Digital Infrastructure*”. La compresenza dei progetti approvati sulla base delle disposizioni contenute nelle legge del 2009 e di quelli elencati dall’agenzia federale ha il vantaggio, secondo i più accreditati osservatori

<sup>79</sup> Si tratta, come è noto, di una stima dei costi da sostenere, comprensiva di capitale, lavoro, materie prime o semilavorati, nonché dei costi ipoteticamente sostenibili per il non impiego dei fattori produttivi.

<sup>80</sup> Si tratta dell’identificazione delle autostrade e delle strade di interesse nazionale. Per una loro mappatura, AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Land Freight Strategy Update*, June 2012, in part. p. 10.

<sup>81</sup> AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *Infrastructure Tax Loss Incentive*, February 2014, p. 3. Si consideri che, secondo uno studio commissionato dalle Nazioni Unite, progetti per la realizzazione di autostrade a pedaggio in regime di concessione con volume finanziario inferiore a 500 milioni di dollari sono difficilmente co-finanziati dal governo federale. Sul punto, UNCTAD, *Best Practices in Investment for Development*, New York-Geneva, 2009, p. 17.

<sup>82</sup> Tra i progetti potenzialmente finanziabili (“*Threshold*”) rientrano l’ampliamento dell’autostrada F3 da Tuggerah a Doyalson (per un costo reale di 200 milioni di dollari), il potenziamento dell’autostrada M80 (per un costo reale di circa 1 miliardo di dollari) e della Leach Highway (per un costo reale di 100 milioni di dollari), il completamento dell’autostrada *North West Coastal* da Minilya a Barradale (per un costo reale di 217 milioni di dollari) e della *Great Northern* (per un costo reale di circa 360 milioni di dollari). Tra i progetti ritenuti eccellenti (“*Ready to Proceed*”) rientra il solo progetto “*brownfield*” di potenziamento del *Pacific Highway Corridor* (un’autostrada di 960 km che collega Sidney a Brisbane, con volumi di traffico tra i più alti registrati nello Stato), con un costo reale di circa 2 miliardi di dollari.



internazionali<sup>83</sup>, di costituire una sequenza (*pipeline*) di obiettivi di lunga durata, facilmente conoscibili, il cui finanziamento è preventivamente disponibile.

La discrezionalità dell'agenzia nell'individuazione delle opere prioritarie, pur marcata, è limitata da alcuni principi e criteri ministeriali (c.d. *BAF Evaluation Criteria*)<sup>84</sup> cui deve attenersi per identificare i progetti che potranno accedere ai fondi federali del *Building Australia Fund*. Tra i principi da seguire rientrano la necessità che il progetto abbia un impatto strategico (deve dimostrare di poter incidere positivamente sulla crescita economica, di interessare più di uno Stato o Territorio, di essere necessario perché i bisogni di mobilità sottesi non sono adeguatamente coperti da infrastrutture esistenti), presupponga un ottimale rapporto tra costi e benefici, rappresenti una leva per investimenti privati nell'indotto, contenga una oculata pianificazione dei rischi operativi<sup>85</sup>.

Alcuni progetti inclusi nella lista di priorità nazionali, di norma i soli “*Ready to Proceed*”, possono ricevere lo *status* di “*DIP – Designated Infrastructure Projects*”. Si tratta di quelli che prevedono una parte consistente di finanziamenti privati, la cui realizzazione non sia ancora cominciata e che sono finalizzati alla realizzazione di opere per una vasta utenza. *Infrastructure Australia*, sulla base di quanto disposto dal *Tax Assessment Act 1997*, può concedere lo *status* discrezionalmente e nei limiti di risorse disponibili per il biennio fiscale considerato (25 miliardi di dollari nel 2012-2013)<sup>86</sup>. I privati che finanzieranno il progetto di tipo “*DIP*” potranno ottenere dalla stessa agenzia il c.d. “*Tax Loss Incentive*”, un incentivo fiscale che consente notevoli benefici in termini di riporto delle perdite fiscali per un periodo di 10 anni, di deducibilità delle stesse e dei debiti insoluti, nonché di decorrenza posticipata degli obblighi fiscali<sup>87</sup>.

<sup>83</sup> Cfr. UNCTAD, *Best Practices in Investment for Development*, New York-Geneva, 2009, p. 16.

<sup>84</sup> AUSTRALIAN GOVERNMENT – DEPARTMENT OF INFRASTRUCTURE AND REGIONAL DEVELOPMENT, *Building Australia Fund Criteria*, 2009.

<sup>85</sup> Sulle corrette modalità di presentazione dei progetti all'agenzia federale, AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *Better Infrastructure Decision Making. Guidelines for Making Submissions to Infrastructure Australia's Infrastructure Planning Process*, December 2013.

<sup>86</sup> Cfr. AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *Infrastructure Tax Loss Incentive*, February 2014, p. 5.

<sup>87</sup> Un esempio, fornito dalla stessa Infrastructure Australia, chiarirà il punto: si supponga che la costruzione di una parte di autostrada a pedaggio sia realizzata tramite PPP e il termine della relativa concessione sia di 25 anni. La costruzione deve avvenire in quattro anni e i finanziatori privati prevedono di spendere, per questa fase, 1,6 miliardi di dollari e di coprirne l'85% a debito, ad un tasso annuo del 7,5%. A partire dal quinto anno, la costruzione deve essere ultimata e le obbligazioni di “*operation and maintenance*” sostituiscono quelle relative alla costruzione stessa. Assumendo un'aliquota fiscale del 15%, gli investitori otterranno un ritorno sul capitale del 13%. Mediante l'incentivo fiscale previsto dal governo federale, i benefici sono triplici: in primo luogo, un aumento dello 0,4% del ritorno sul capitale investito; in secondo luogo, una riduzione della base imponibile (da 547 a 522 milioni di dollari); in terzo luogo, la possibilità di versare le tasse dal tredicesimo anno anziché dall'undicesimo. Cfr. AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *Infrastructure Tax Loss Incentive*, February 2014, in part. p. 6.

Il piano federale per le infrastrutture del 2013 (*National Infrastructure Plan*) indica alcuni interventi organici che verranno intrapresi dal governo federale nei prossimi anni<sup>88</sup>. Pare opportuna loro una breve descrizione, utile per intercettare le possibili mosse del governo australiano sul piano della regolazione del settore e dell’impiego di fondi federali e le relative linee tendenziali.

Innanzitutto, è prevista la centralizzazione dei finanziamenti federali e dei procedimenti di valutazione del merito progettuale, con la costituzione di un unico fondo nazionale per le opere ritenute “strategiche”. In secondo luogo, è immaginato un rafforzamento del ruolo del governo federale come parte pro-attiva della realizzazione delle opere e l’abbandono del *grant-based model* che permette agli Stati di attingere a fondi centrali. In questo senso, il governo promuoverà la sottoscrizione di assicurazioni sul rischio e di garanzie sul debito contratto dagli operatori privati. In terzo luogo, è previsto lo smobilizzo di capitali attraverso il ricorso massiccio a strumenti contrattuali di *leasing*, già adoperati in diversi Stati: il Nuovo Galles del Sud, ad esempio, ha dato in affitto, nel 2012, le infrastrutture di *Port Botany* e *Port Kembla* ad un consorzio privato per 99 anni, incassando 5 miliardi di dollari da reinvestire; il Queensland, nel 2010, ha concluso un’operazione simile per le infrastrutture del porto di Brisbane, ottenendo il loro ammodernamento e incassando oltre 2 miliardi di dollari<sup>89</sup>. In quarto luogo, è al vaglio del governo l’aumento delle tariffe legate all’utilizzo, da parte del pubblico, delle infrastrutture, in modo da innescare un processo di “*user pays, user says*”, finalizzato al miglioramento qualitativo dei servizi resi dai concessionari (e anche a minimizzare il rischio di *default*, cui numerosi gestori sono andati incontro negli ultimi anni). In quinto luogo, è stata avanzata l’ipotesi di impegnare i fondi federali nei soli progetti di rilevanza nazionale, delegando agli Stati e ai Territori tutti gli altri e svincolando risorse attualmente impegnate in onerosi co-finanziamenti pluriennali, concentrati in prevalenza negli Stati del Nuovo Galles del Sud, del Queensland e di Victoria<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Infrastructure Plan 2013*, June 2013, in part. p. 18 ss.

<sup>89</sup> AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Infrastructure Plan 2013*, June 2013, p. 21.

<sup>90</sup> Le concessioni per autostrade a pedaggio, negli Stati elencati, coprono una media di 20 km di infrastruttura e un tempo compreso tra i 18 e i 40 anni. In argomento, UNCTAD, *Best Practices in Investment for Development*, New York-Geneva, 2009, p. 10.

#### 4. Le modalità di affidamento.

*“The vast majority of investment in Australian public services has been, and will continue to be, procured through traditional means. However, other innovative approaches, PPPs in particular, have been used to deliver some of Australia’s most complex and significant public sector infrastructure projects”<sup>91</sup>.*

Queste considerazioni, contenute nelle linee guida federali elaborate da Infrastructure Australia, meritano di essere aggiornate alla luce dell’evoluzione del mercato e della disciplina giuridica delle infrastrutture. Le guidelines sono relative alla realizzazione di progetti infrastrutturali di importo superiore ai 50 milioni di dollari. Come indicato nelle stesse, tuttavia, anche i progetti di importo inferiore possono essere realizzati seguendo principi, criteri e metodi relativi alle modalità di affidamento ivi elencati se il loro *“value for money”* è considerato rilevante dal governo che appalta. Le partnership pubblico-private, poi, costituiscono la modalità ordinaria di affidamento e realizzazione dei più importanti progetti sul territorio e i governi sub-federali ricorrono ad esse con una frequenza sempre crescente.

L’affidamento dei lavori relativi ad una infrastruttura autostradale segue, generalmente, sette fasi e presuppone una procedura ristretta<sup>92</sup> ed un momento di negoziazione fortemente strutturato<sup>93</sup>. Le fasi comprendono la definizione del progetto e la realizzazione di studi di fattibilità, la richiesta aperta di manifestazioni di interesse, la valutazione delle manifestazioni e la costituzione di una shortlist di operatori (almeno tre), la gara, la valutazione delle offerte, la negoziazione con l’operatore selezionato, la definizione del contratto e il closing<sup>94</sup>. Occorre

---

<sup>91</sup> Australian Government – *Infrastructure Australia, National Public Private Partnership Guidelines. Volume 1: Procurement Option Analysis*, December 2008, p. 5. A conclusioni simili è pervenuta la dottrina per descrivere l’ordinamento di settore italiano: in particolare, P. Ivano, *Il ricorso alla finanza di progetto per la realizzazione delle infrastrutture autostradali: aspetti applicativi*, in G.F. Ferrari, F. Fracchia (a cura di), *Project financing e opere pubbliche. Problemi e prospettive alla luce delle recenti riforme*, Milano, Egea, 2004, pp. 169-183.

<sup>92</sup> Nulla di diverso da quello che avviene per le PPP in Italia. Sul punto, amplius, A. TONETTI, *Ancora sulle infrastrutture: il nodo della “fattibilità”*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 12, 2013. *“The Australian approach is designed as an interactive process in which at least two preferred bidders are encouraged to put forward design solutions to the transport requirement identified by government.”*. Così in UNCTAD, *Best Practices in Investment for Development*, New York-Geneva, 2009, p. 35.

<sup>93</sup> *“Australia’s approach became a highly structured negotiation process within a competitive framework that is well beyond the simple bidding procedures of a traditional public procurement.”*. UNCTAD, *Best Practices in Investment for Development*, New York-Geneva, 2009, p. 40.

<sup>94</sup> L. SHARP, F. TINSLEY, *PPP policies throughout Australia: a comparative analysis of public private partnerships*, in *Public Infrastructure Bulletin*, n. 5, 2005, in part. pp. 24 ss.; RTA, *Lane Cove Tunnel: Updated Summary of Contracts*, March 2007, in part. p. 8 ss. Poiché ogni Stato australiano segue regole proprie per definire i progetti e appaltare la costruzione e la gestione delle opere, è parso opportuno riferirsi, oltre che alle guidelines federali, ad alcuni case studies per far emergere gli elementi ricorrenti. Si badi che le condizioni che devono essere rispettate per pervenire al closing finanziario (Conditions Precedent to Financial Close) sono elencate in AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National*

considerare, in via preliminare, che le *National Public Private Partnership Guidelines* suggeriscono ad ogni governo australiano di sbilanciare le fasi di affidamento a favore della negoziazione diretta con gli offerenti “qualificati” e di evitare la mera valutazione delle offerte ricevute<sup>95</sup>. Tale considerazione ben si presta, secondo l’agenzia federale delle infrastrutture<sup>96</sup>, a caratterizzare le procedure di affidamento di tutte le “*economic infrastructure*”: il rischio<sup>97</sup> di gestione deve essere trasferito al concessionario (*demand-risk transfer payment model*), gli utenti dell’infrastruttura devono pagare per poterne usufruire e le obbligazioni devono essere definite in modo flessibile sulla base delle caratteristiche del progetto. Il committente pubblico, infatti, sopporterebbe esclusivamente il rischio relativo all’impatto ambientale dell’opera, all’espropriazione dei terreni, alle modifiche del progetto richieste in corso d’opera dal governo federale e all’integrazione con le altre infrastrutture di trasporto adiacenti<sup>98</sup>.

Come detto, le linee guida federali sull’affidamento della realizzazione e della gestione di opere infrastrutturali “*set a framework [...] on a national basis, and apply across state, territory, and Commonwealth arrangements*”. Esse presentano “*a high level of uniformity across jurisdictions. However, specific requirements of individual jurisdictions, where different or in addition, [...]*” possono essere stabiliti da ogni Stato o Territorio<sup>99</sup>. Su tali basi, è possibile mettere in luce le regole principali del procurement seguite dal governo federale e da quelli sub-federali: l’attenzione sarà rivolta, in special modo, agli elementi che costituiscono l’ossatura comune delle modalità di affidamento.

---

*Public Private Partnership Guidelines. Volume 7: Commercial Principles for Economic Infrastructure*, 2011, p. 7 ss., e i governi degli Stati e dei Territori difficilmente vi derogano.

<sup>95</sup> AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines. Roadmap for applying the Commercial Principles*, 2011, p. 3. Si tratta, peraltro, di una tendenza di portata globale. Sul punto, si veda M. KANTOR, *Negotiated settlement of public infrastructure disputes*, in T. WEILER, F. BAETENS (ed. by), *New directions in international economic law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, p. 199 ss.

<sup>96</sup> AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines. Roadmap for applying the Commercial Principles*, 2011, p. 1.

<sup>97</sup> Per una disamina del concetto di rischio, AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines. Practitioner’s Guide*, March 2011, in part. p. 51 ss. Il rischio legato al sito in cui si realizzeranno i lavori, ad esempio, è connesso a potenziale dissesto del suolo, eventuale ritardo nell’eventuale procedimento di espropriazione, eventuale contenzioso sulla proprietà. Il rischio finanziario, ancora, può essere legato all’inadeguatezza dei fondi disponibili o al fallimento del privato. Il rischio di mercato, per le strade a pedaggio, attiene ad una non corretta previsione dei volumi di traffico. Il rischio legislativo, ancora, riguarda la possibilità che nuove norme, approvate a livello federale o sub-federale, determinino modifiche sostanziali del progetto o dell’impiego di capitali.

<sup>98</sup> Sul punto, UNCTAD, *Best Practices in Investment for Development*, New York-Geneva, 2009, pp. 22 e 26: “*In Australia, it is generally thought that the government contribution should be less than half the capital cost of the project to leave no doubt where the overall project risks lie*”.

<sup>99</sup> AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines. Volume 6: Jurisdictional Requirements*, March 2011, p. 3.

A tutte le amministrazioni che affidano è fatto obbligo di osservare le guidelines federali, nonché le disposizioni del FMA – Financial Management and Accountability Act 1997<sup>100</sup>, ampiamente integrato dal Public Governance, Performance and Accountability Act 2013 che entrerà in vigore il 1° luglio 2014. Le leggi del 1997 e del 2013 sono relative, in particolare, all'amministrazione delle finanze, dei beni pubblici e dei pagamenti (Part 3 e Part 4 del FMA), nonché al regime delle responsabilità amministrative e penali (Part 7)<sup>101</sup>. Il Dipartimento delle finanze (Department of Finance and Deregulation) esercita poteri consultivi nei confronti del governo e assiste le amministrazioni appaltanti che intendano sviluppare strumenti di PPP<sup>102</sup>. L'Auditor-General, poi, si assicura che le risorse pubbliche siano spese secondo canoni di legalità ed efficienza. Il FMA rimanda, per lo svolgimento delle procedure di affidamento, alle CPG – Commonwealth Procurement Guidelines: si tratta di un documento che riassume diritti e obblighi dei funzionari pubblici impegnati in procedimenti di gara.

Ogni Stato, in modo quasi sempre coerente rispetto alle regole federali, ha approvato leggi (si pensi al PAFA – Public Authorities Financial Arrangements 1987, in vigore per il Nuovo Galles del Sud) ed emanato specifiche linee guida (si pensi, nel caso del Nuovo Galles del Sud, alle NSW Public Private Partnerships Guidelines o, nel caso di Victoria, al *Partnerships Victoria Framework*) per disciplinare, in particolare, la fase di approvazione politica dei progetti (*Cabinet Approval*), gli obblighi di rifinanziamento, lo svolgimento della gara, gli obblighi di integrità, i criteri di valutazione delle offerte<sup>103</sup>.

Occorre considerare, inoltre, che le decisioni politiche di finanziamento di un'opera e la scelta delle regole per l'affidamento sono sempre disgiunte, sebbene finalisticamente collegate: *“The investment and procurement decisions are separate (although from a timing perspective they can occur concurrently or separately). While individual governments will have specific processes, generally there is a staged decision-making process: i) Governments will consider the investment decision based on the business case (or Scoping study or feasibility study as the case may be); and ii) following the investment decision, government will consider*

---

<sup>100</sup> Nel caso di “authorities” e società pubbliche, trova applicazione il *Commonwealth Authorities and Companies Act 2010*, il quale contiene disposizioni del tutto simili alla legge del 1997.

<sup>101</sup> Amplius, AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines. Volume 6: Jurisdictional Requirements*, March 2011, p. 10 ss.

<sup>102</sup> Per un inquadramento generale del tema, *ex multis*, S.M. SAMBRI, *Project financing. La finanza di progetto per la realizzazione di opere pubbliche*, in E. PICOZZA, E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto dell'economia*, Padova, Cedam, 2013.

<sup>103</sup> Amplius, AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines. Volume 6: Jurisdictional Requirements*, March 2011. Si veda anche ALLEN CONSULTING GROUP, UNIVERSITY OF MELBOURNE, *Performance of PPPs and traditional procurement in Australia*, Melbourne, 2007, passim.

*the procurement method decision based on the Procurement Options Analysis (which may or may not be part of the business case). The investment decision is required before a decision on the procurement method can be approved.*<sup>104</sup>. Ogni Stato dovrà promuovere (e privilegiare) progetti il cui rischio può più facilmente essere trasferito sul privato realizzatore, di lunga durata e di considerevole impatto economico-finanziario, associati alla piena integrazione delle obbligazioni assunte dal privato relative alla progettazione, alla costruzione, alla gestione e alla manutenzione dell'opera (*whole-of-life costing*), connaturati da innovazione ed efficienza connesse al servizio (*service delivery*)<sup>105</sup>, nonché agli interessi pubblici coinvolti.

Nella prima fase della procedura di affidamento, che può interessare un orizzonte temporale pluriennale, sono condotti da parte del singolo Stato specifici studi di fattibilità, nonché consultazioni con i cittadini e con gli operatori privati. Il governo federale è responsabile dell'approvazione del progetto iniziale. I governi degli Stati e dei Territori, similmente, possono stabilire quali fasi della procedura di affidamento hanno bisogno di un atto politico di approvazione<sup>106</sup>.

Nella seconda fase sono costituiti gruppi ristretti, di solito formati dai sindaci delle città interessate dai lavori e dai rappresentanti delle amministrazioni statali delle infrastrutture e dei trasporti per il vaglio delle diverse opzioni di realizzazione dell'opera. Viene prodotto, a margine degli incontri preparatori, un dettagliato report con la descrizione del progetto, cui segue una valutazione preliminare di impatto ambientale. Il governo dello Stato interessato, sulla base del report, avvia una seconda tornata di consultazioni. Questa consente l'acquisizione di elementi utili per apportare modifiche al progetto preliminare e per integrarlo. Anche in questo caso, l'orizzonte temporale è pluriennale. In questa fase, lo sviluppo del progetto è affidato a tre soggetti: un direttore di progetto (*Project Director*), un comitato ristretto (*Project Steering Committee*), un team di consulenti tecnici, legali e finanziari. A questi si affianca un responsabile dell'integrità (*Probity Practitioner*), incaricato di approntare misure organizzative idonee a verificare che le successive fasi del procedimento di aggiudicazione siano trasparenti e che i funzionari impegnati non siano soggetti ad indebite pressioni<sup>107</sup>.

<sup>104</sup> Cfr. AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines. Policy Framework*, December 2008, in part. p. 4 ss.

<sup>105</sup> AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines. Policy Framework*, December 2008, in part. p. 9.

<sup>106</sup> AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines. Practitioner's Guide*, March 2011, in part. p. 4 ss.

<sup>107</sup> In argomento, C. KOUTSIS, *Is it too tough for tendering? Enhancing accountability in tendering decisions for New South Wales infrastructure projects*, in *Australian Journal of Administrative Law*, vol. 8, n. 1, 2000, pp. 5-18.

Nella terza fase, una volta stabilita la procedura di selezione sulla base del business case<sup>108</sup>, vengono aperte la registration of interest preliminare (*Call for EOL – Expression of Interest*), finalizzata a raccogliere i privati potenzialmente interessati, e, successivamente, la request for proposals (RFP – *Request for Proposal*, nota anche come CDP – *Call for Detailed Proposals*), limitata ai soli soggetti che abbiano risposto alla “*Call for EOL*”. Diversamente da quanto avviene negli Stati Uniti o nel Regno Unito, le offerte vengono solitamente presentate da fornitori di servizi finanziari (FSP) appositamente delegati e non direttamente da privati o *contractor*<sup>109</sup>. I committenti pubblici devono specificare, all’interno della prima call, le caratteristiche del progetto (*background*), il suo scopo e i tempi attesi di realizzazione (*project scope and timetable*), informazioni di natura finanziaria (*financial and commercial information*), i criteri di valutazione che saranno seguiti (*evaluation criteria*)<sup>110</sup>, le condizioni generali di contratto (*general terms and conditions*). Nella seconda call troveranno spazio, in particolare, il “*design brief*” e i “*draft contractual documents*” che contengono i desiderata del committente pubblico in tema di progettazione e obbligazioni. In particolare, questi indicheranno, fatta salva una fase di apposita negoziazione successiva con l’affidatario, il termine entro cui portare a termine i lavori, i meccanismi di pagamento, le caratteristiche del sito, le regole contrattuali in caso di forza maggiore, gli effetti sul piano contrattuale di eventuali modifiche del quadro legislativo e regolamentare o di modifiche al progetto, i casi di risoluzione e subentro da parte del committente pubblico (*step-in*).

Nel caso in cui gli interessati siano consorzi o imprese private, questi sottoscrivono, all’atto di invio della proposta, alcuni atti solenni (*deed*). I proponenti, in particolare, si impegnano a preparare le offerte in modo autonomo

---

<sup>108</sup> AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines. Volume 1: Procurement Option Analysis*, December 2008, p. 5 ss.: “While individual governments will have specific processes, generally there is a staged decision-making process: i) governments will consider the investment decision based on the business case (or scoping study or feasibility study as the case may be); and ii) following the investment decision, Government will consider the procurement method decision based on the Procurement Options Analysis (which may or may not be part of the business case). The investment decision is required before a decision on the procurement method can be approved. Generally for PPP projects and many other projects, the Procurement Options Analysis should be fully developed as part of the business case. This approach may vary across jurisdictions. In all cases the full Procurement Options Analysis is to be finished well before preparation for tendering begins.”. Durante questa fase sono generalmente richieste dal committente le stime sui volume di traffico: si veda, a tal proposito, J. BLACK, *Traffic risk in the Australian toll road sector*, in *Public infrastructure bulletin*, n. 9, 2014, p. 4.

<sup>109</sup> M. REGAN, *Project finance: transactional evidence from Australia*, in *Public Infrastructure Bulletin*, n. 9, 2014, p. 9.

<sup>110</sup> Questi comprendono, generalmente, la verifica della comprensione, da parte del privato, degli obiettivi del progetto, l’esperienza accumulata in passato, la capacità tecnica e finanziaria, la struttura organizzativa proposta. AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines. Practitioner’s Guide*, March 2011, in part. p. 4 ss.

rispetto agli altri concorrenti (*deed of disclaimer*) e a porre in essere comportamenti limitativi del conflitto di interesse generato dagli eventuali vincoli proprietari incrociati tra consorzi (*probity deed*). Sono poi sottoscritti ulteriori atti di natura tecnica (*project deed* e capitolato tecnico) ed altri finalizzati a consentire verifiche da parte di valutatori indipendenti (*deed of appointment of independent verifier*) e ad autorizzare ufficialmente i proponenti ad offrire (*consent deed* da parte dell'amministrazione statale). È altresì prevista la presentazione di opportune garanzie bancarie.

Prima della trasmissione delle proposte al committente, gli offerenti vengono coinvolti nel procedimento attraverso la consegna di tutti i documenti preparati dal direttore di progetto, dallo Steering Committee e dai consulenti (c.d. fase di *data room*), possono chiedere direttamente al direttore informazioni specifiche (c.d. fase di *query process*) o possono interagire con esso (c.d. *interactive tender process*)<sup>111</sup>. Le proposte vengono valutate da un panel composto da esponenti dell'amministrazione statale delle infrastrutture, dell'amministrazione del tesoro e da un esperto di cost estimation proveniente dal settore privato<sup>112</sup>. Al panel principale è affiancato da un gruppo di esperti e da un review panel cui sono affidate funzioni di supervisione e controllo, entrambi composti da persone provenienti dall'amministrazione pubblica e dal settore privato.

I criteri di valutazione comprendono, generalmente, la comparazione delle offerte rispetto ad un ipotetico scenario in cui l'opera è realizzata interamente dal settore pubblico (PSC – *Public Sector Comparator*)<sup>113</sup>, reso noto agli offerenti come benchmark da superare<sup>114</sup>, e un “*non-price assessment*” che comprende considerazioni sugli aspetti tecnici del progetto, sull'organizzazione dei soggetti coinvolti, sui piani di sicurezza, sulle previsioni dei volumi di traffico, sulla qualità dell'attività di manutenzione e così via. I criteri, pesati preventivamente, consentono di mettere a confronto le offerte, che comprendono, se del caso, l'ammontare dei

<sup>111</sup> Cfr. AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines. Practitioner's Guide*, March 2011, p. 24 ss.

<sup>112</sup> Si consideri che la definizione delle metodologie per la stima dei costi dei progetti, normalmente utilizzata da tutte le autorità pubbliche australiane, è stata affidata dal governo federale alla società di consulenza Evans&Peck (EVANS&PECK, *Best Practice Cost Estimation for Publicly Funded Road and Rail Construction*, 19 June 2008).

<sup>113</sup> Sul punto, amplius, L. SHARP, F. TINSLEY, *PPP policies throughout Australia: a comparative analysis of public private partnerships*, in *Public Infrastructure Bulletin*, n. 5, 2005, in part. p. 28. Le modalità per il raffronto delle offerte rispetto al PSC sono ampiamente illustrate all'interno delle guidelines federali (*National Public Private Partnership Guidelines. Volume 4: Public Sector Comparator Guidance*, December 2008). Le valutazioni si basano essenzialmente sul raffronto tra scenari competitivi, sulla valutazione del rischio trasferito (*transferred*) e trattenuto (*retained*) dal committente pubblico, nonché del valore associato a ciascuna delle opzioni alternative considerate.

<sup>114</sup> “[...] *the selected concession bidder must offer a better outcome than the PSC, which is usually disclosed to the bidders.*” UNCTAD, *Best Practices in Investment for Development*, New York-Geneva, 2009, p. 35.



pedaggi<sup>115</sup>, partendo da un “*adjusted comparative value*”<sup>116</sup> che permette di selezionare il “*preferred proponent*” e un “*reserve proponent*”, pronto ad un eventuale subentro in caso di rinuncia del primo. È possibile, a discrezione del committente, selezionare due proponenti (e non uno) per un round finale di offerte (c.d. BAFO – *Best and Final Offer*) oppure per una fase di negoziazione strutturata per identificare il vincitore<sup>117</sup>.

La procedura di selezione, una volta chiusa, conduce a negoziazioni dirette e strutturate tra il committente pubblico e il “*preferred proponent*” finalizzate a definire il contenuto del contratto accessivo all’atto di concessione e delle relative obbligazioni sulla base di quanto indicato dal committente pubblico nel bando<sup>118</sup>. Il committente, a sua discrezione, può chiedere al vincitore della gara un “*upfront payment*” immediato per ripagare i costi del procedimento. Le parti, poi, identificano un *independent reviewer* (IR) incaricato di supervisionare la realizzazione dei lavori e la gestione dell’opera<sup>119</sup>: i suoi compiti vengono chiaramente identificati nel contratto accessivo alla concessione, così come gli effetti scaturenti dalle verifiche.

Le distinte fasi del procedimento di aggiudicazione sono subordinate ad una decisione di assenso da parte del governo, richiesta in momenti differenti a seconda dello Stato coinvolto. In molti Stati e Territori l’assenso politico deve essere formulato prima della fase di raccolta delle manifestazioni di interesse e prima dell’indizione della gara. Tutti gli Stati, inoltre, prevedono una decisione del cabinet

---

<sup>115</sup> Questo è stabilito in sede di gara. Sui fattori che possono influenzarne l’ammontare, può ricordarsi che: “*First, the toll level may not be the only bid variable. Second, the concession holder’s ability to charge what the market will bear may be constrained. For example, the concession holder may not be permitted to raise charges during peak periods through “time-of-day charging” (as this might redirect traffic to congested non-tolled roads) or to charge trucks their full opportunity cost. Third, in recognition of important public interest outcomes, the government may subsidize the project and thus lower the toll proposals arising from the tender. The federal and state governments both contributed to construction cost of the M7 arterial Sydney bypass to speed journeys of through traffic and avoid it congesting suburban roads.*”. UNCTAD, *Best Practices in Investment for Development*, New York-Geneva, 2009, p. 29 ss.

<sup>116</sup> In tema, RTA, *Lane Cove Tunnel: Updated Summary of Contracts*, March 2007, in part. p. 10. Si veda anche AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines. Practitioner’s Guide*, March 2011, in part. p. 24.

<sup>117</sup> AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines. Practitioner’s Guide*, March 2011, pp. 27-28.

<sup>118</sup> Un dettagliato schema grafico dei rapporti contrattuali tra committente pubblico, proponente e sub-affidatari è disponibile in RTA, *Lane Cove Tunnel: Updated Summary of Contracts*, March 2007, in part. p. 13.

<sup>119</sup> “*The role of an Independent Reviewer (IR) was devised in Australia to ensure that adequate auditing of the concession is completed. The project parties do the appointment of the IR (usually supported by a small team) jointly for the construction phase and runs until operations have stabilized. The IR works to terms clearly defined in the concession (and thus within the relevant piece of legislation, the parent act). The IR’s role includes commenting on: Performance of all Parties; Design; Works; Repairs; Safety of the site; Programme; Payment schedules; Quality management process; Plans for operations and maintenance; Whether the project is complete and ready to be opened; and Variations and changes.*”. UNCTAD, *Best Practices in Investment for Development*, New York-Geneva, 2009, p. 21 ss.

durante la fase preliminare e prima dell'esecuzione del contratto<sup>120</sup>. Il governo, sia esso federale o sub-federale, deve sempre approvare espressamente cambiamenti significativi del progetto, anche in corso d'opera, modifiche dell'allocazione del rischio e del budget, nonché ogni altra “*issues relating to the public interest*”<sup>121</sup> e condurre verifiche di qualità in ogni fase (*Gateway Reviews*). Secondo uno studio commissionato dalle Nazioni Unite, le fasi che vanno dall'ottenimento delle autorizzazioni ambientali per la realizzazione dell'opera all'incremento dei volumi di traffico, utile per registrare i primi ritorni sull'investimento, coprono un lasso temporale di circa 7-8 anni<sup>122</sup>. L'agenzia australiana delle infrastrutture indica in un minimo di tre mesi la durata della fase di *project development*, in 12-18 mesi quella della gara e dell'affidamento, in 1-5 anni quella della costruzione, in almeno 25 anni quella della gestione e della manutenzione e in 6-12 mesi quella dell'*handover*, con “riconsegna” dell'infrastruttura al committente<sup>123</sup>.

Infrastructure Australia, che come accennato in precedenza ha anche funzioni consultive nei confronti dei governi degli Stati e dei Territori, ha integrato le guidelines federali con indicazioni sul ventaglio degli strumenti contrattuali adoperabili dai governi australiani per la realizzazione e gestione delle opere infrastrutturali<sup>124</sup>.

L'affidamento della realizzazione di opere infrastrutturali è di competenza, come già accennato più volte, dei governi federale e statali. Questi possono scegliere modalità di affidamento tradizionali (*procurement*) oppure una delle molteplici declinazioni del partenariato pubblico-privato<sup>125</sup> sulla base delle caratteristiche dei lavori da realizzare e della convenienza. E' evidente, a partire da queste considerazioni, come la nozione di concessione<sup>126</sup>, nell'ordinamento australiano, non si presti ad una lettura unitaria o dogmatica: la costruzione e la gestione di opere infrastrutturali, comprese le autostrade, può realizzarsi secondo

<sup>120</sup> L. SHARP, F. TINSLEY, *PPP policies throughout Australia: a comparative analysis of public private partnerships*, in *Public Infrastructure Bulletin*, n. 5, 2005, in part. p. 30 e seguenti a proposito della fase di “*external approval*”.

<sup>121</sup> Cfr. AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines. Practitioner's Guide*, March 2011, p. 4.

<sup>122</sup> UNCTAD, *Best Practices in Investment for Development*, New York-Geneva, 2009, p. 20.

<sup>123</sup> AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines. Practitioner's Guide*, March 2011, in part. p. 7.

<sup>124</sup> Cfr. AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines – Volume 1: Procurement Options Analysis*, December 2008, in part. p. 6 ss.

<sup>125</sup> “*Governments have no ideological preference between traditional procurement, PPP or any of the other procurement approaches outlined in this document.*”. Così in AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines – Volume 1: Procurement Options Analysis*, December 2008, p. 1.

<sup>126</sup> *Ex multis*, M. D'ALBERTI (a cura di), *Concessioni e concorrenza*, Istituto poligrafico e zecca dello Stato, Roma, 1998, *passim*; M. CAFAGNO ET AL. (a cura di), *Negoziazioni pubbliche: scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, Giuffrè, 2013, *passim*.

formule flessibili, prescelte discrezionalmente dal committente pubblico o negoziate, nella forma di contratti semplici o di schemi negoziali ad alto gradiente di specificità e complessità. Del resto, le nozioni giurisprudenziali di concessione-contratto, di convenzione o di contratto accessivo al provvedimento di concessione hanno sostanziale dignità nell'ordinamento australiano e, anzi, nel settore delle infrastrutture rappresentano lo strumento ordinario di regolazione del rapporto tra parte pubblica e privati. La stabilità del rapporto concessorio, poi, emerge dalla prassi più che dalle regole, visto che il termine è sempre negoziato, la rinegoziazione è frequente e anche in caso di default del concessionario si cerca sovente il subentro di altro soggetto, vantaggioso per l'*ex* gestore.

Tornando agli aspetti legati all'affidamento, le sue forme, cui si accompagna sempre una peculiare modalità di gestione della realizzazione e della vita dell'opera, sono di sei tipi principali<sup>127</sup>. La scelta dell'uno o dell'altro tipo ricade su quattro variabili, diversamente “pesate” dal committente pubblico: impegno economico-finanziario richiesto (*scale*); obiettivi e risultati programmati (*scope and outputs*); natura della gestione futura (*whole-of-life opportunities*); profilo del rischio (*risk*)<sup>128</sup>.

La “*public-private partnership*” (PPP) tradizionale rappresenta il metodo di affidamento e gestione di opere infrastrutturali che più si approssima alla nozione continentale di concessione-contratto: il committente pubblico affida ad un privato, normalmente un consorzio, la realizzazione di un'opera e questi si impegna a costruirla, renderla fruibile e a gestire il servizio secondo standard prefissati per un certo numero di anni (solitamente da 20 a 35)<sup>129</sup>, offrendo anche servizi complementari (*ancillary services*). Il concessionario sopporta interamente il rischio d'impresa. Il provvedimento di affidamento condiziona l'esistenza del contratto in cui sono condensati gli obblighi delle parti. In questo caso, di norma, è un consorzio che finanzia la realizzazione dell'opera, avvalendosi di una società veicolo (*project vehicle*). Il giudizio di profittabilità di questa opzione si basa prevalentemente sull'impegno in termini di finanziamento che essa comporta (solitamente pari o superiore a 50 milioni di dollari), sulle opportunità di remunerazione e ritorno di

<sup>127</sup> Dalla disamina sono escluse le forme di “*direct management*”, solitamente non utilizzate per la realizzazione di progetti infrastrutturali complessi.

<sup>128</sup> Cfr. AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines – Volume 1: Procurement Options Analysis*, December 2008, p. 23. Le modalità per calcolare il rischio sono contenute nelle medesime linee guida federali (Volume 5: *Discount Rate Methodology Guidance*, August 2013).

<sup>129</sup> Il termine non è fissato da alcuna norma giuridica. La durata delle concessioni, infatti, “*reflect the need for investors to fully amortize and make a return on their investment prior to transfer of ownership. They also reflect the interests of pension funds, the prime institutional investors in infrastructure, to access very long-term revenue streams to match their annuity payment obligation.*”. UNCTAD, *Best Practices in Investment for Development*, New York-Geneva, 2009, p. 31.

capitale lungo l'intero periodo di gestione da parte del privato e sui profili di rischio. Tutte le concessioni autostradali australiane sono “BOOT – *Build Own Operate Transfer*”: allo scadere della concessione l'opera ritorna di proprietà pubblica<sup>130</sup> sebbene, come è evidente, è del tutto improbabile una gestione diretta della stessa (in questo senso, un nuovo affidamento in concessione a seguito di gara rappresenta la conseguenza naturale della cessazione del rapporto).

Il partenariato pubblico-privato può declinarsi secondo modelli differenti a seconda della natura delle funzioni diverse dalla realizzazione che il concessionario si impegna ad esercitare (modello “DBFO – *Design Build Finance Operate*” oppure modello “DBFM – *Design Build Finance Maintain*”, a seconda che tra le obbligazioni assunte dal gestore rientrino la gestione o la manutenzione dell'opera)<sup>131</sup>. La PPP presenta, tra i principali vantaggi per il privato, l'integrazione di tutti gli aspetti legati all'opera (progettazione, costruzione, finanziamento, manutenzione) e, tra i principali vantaggi per il contraente pubblico, l'integrale trasferimento del rischio al concessionario<sup>132</sup>. Nel caso della realizzazione del *Sydney's Cross City Tunnel*, una galleria di 21 km situata sotto il centro della città, è stato utilizzato un modello di PPP di tipo “BOOT – *Build Own Operate Transfer*”: il consorzio che ha realizzato l'opera di tipo greenfield ne diviene proprietario sino allo scadere della concessione (18 dicembre 2035), ha finanziato interamente il costo di costruzione (680 milioni di dollari) ed è divenuto l'unico titolare sui diritti di pedaggio sino al termine della concessione. Le manifestazioni di interesse per la realizzazione dell'opera sono state raccolte nel 1999 e il *closing* è stato raggiunto nel 2002. La galleria è stata costruita in meno di due anni e aperta al pubblico nel 2005. Nel 2006, il consorzio *CrossCity Motorway* ha ceduto il contratto ad un altro operatore privato a titolo oneroso<sup>133</sup>, che è subentrato interamente nei diritti e negli obblighi.

<sup>130</sup> UNCTAD, *Best Practices in Investment for Development*, New York-Geneva, 2009, pp. 30-31.

<sup>131</sup> Cfr. AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines – Volume 1: Procurement Options Analysis*, December 2008, p. 7. La realizzazione dell'autostrada *Westlink M7* di Sydney (2003-2005) è unanimemente riconosciuta come una PPP di successo. L'opera, largamente finanziata da operatori privati, ha ottenuto finanziamenti federali per 360 milioni di dollari, ossia circa un quinto del totale. Il consorzio che ha realizzato l'opera è concessionario per un periodo di 34 anni, incassa interamente le somme derivanti dai pedaggi e ha assunto le obbligazioni di manutenzione. Allo scadere della concessione, il governo del Nuovo Galles del Sud subentrerà al concessionario nella gestione dell'autotrada. In argomento, A.B. ALONSO-CONDE ET AL., *Public Private Partnerships: Incentives, Risk Transfer and Real Options*, in *Review of Financial Economics*, vol. 35, 2007, pp. 334-378.

<sup>132</sup> Così AUSTRALIAN GOVERNMENT – DEPARTMENT OF INFRASTRUCTURE AND TRANSPORT, *Infrastructure Planning and Delivery: Best Practices Case Studies*, vol. 2, February 2012, p. 33. Di avviso differente L. SHARP, F. TINSLEY, *PPP policies throughout Australia: a comparative analysis of public private partnerships*, in *Public Infrastructure Bulletin*, n. 5, 2005, in part. p. 33. Secondo gli autori, gli Stati australiani cercano di trasferire il rischio nella misura strettamente necessaria: “[...] the concept is to allocate risk as efficiently as possible, not to transfer as much risk as possibile”.

<sup>133</sup> PRICEWATERHOUSECOOPERS, *Review of Major Infrastructure Delivery*, December 2008, p. 11.

Il modello di PPP australiano, sviluppatosi a partire dagli anni Ottanta<sup>134</sup>, conosce ulteriori differenze rispetto a quello tradizionalmente adoperato in altri Stati, specialmente nel Regno Unito. In primo luogo, i governi australiani, federali e sub-federali, non adoperano le *partnership* pubblico-private come rimedio ad insufficienza di capitale pubblico. Diversamente, il suo utilizzo consente una migliore copertura dei costi relativi alle obbligazioni assunte dal committente. Ciò comporta, da un lato, una più raffinata pianificazione dei rischi ma, dall'altro, possibili ritardi nella definizione dei progetti da finanziare. Tanto è vero che, dal 2005 al 2009, l'Australia ha condotto al closing solo 29 progetti realizzati in PPP, in numero inferiore rispetto ad altri Paesi simili<sup>135</sup>, concentrati negli Stati del Nuovo Galles del Sud (10) e di Victoria (9)<sup>136</sup>. A ciò deve aggiungersi che partecipare ad una procedura selettiva per la realizzazione di un'infrastruttura in PPP è, in Australia, particolarmente oneroso: i costi di offerta (*internal and external bid costs*) per un progetto del valore di 2 miliardi di dollari, infatti, possono ammontare ad oltre 30 milioni, la cui maggioranza è relativa a costi di consulenza legale (12-16%) e alla preparazione del progetto tecnico (50-60%)<sup>137</sup>.

Definita la PPP tradizionale è possibile passare alle altre alternative percorribili. L'opzione per il “*construct only*” è ampiamente utilizzata dai committenti pubblici australiani<sup>138</sup> ma si basa su presupposti diversi dalla *partnership* pubblico-privata. Il committente, infatti, si avvale di un soggetto privato che progetta l'opera<sup>139</sup> e bandisce la procedura di affidamento per la sua realizzazione. L'affidatario anticiperà il costo dei lavori al committente. La scelta di questa forma di affidamento risiede nella ricerca di capacità di accurata progettazione, nel basso grado di rischio connesso, nella possibilità che il committente pubblico si rivolga ad un ampio pool di offerenti e identifichi in modo quanto più preciso l'ammontare delle risorse finanziarie da approvare per evitare

<sup>134</sup> Il primo esempio di PPP in Australia è relativo alla realizzazione della galleria del porto di Sydney, aperta al traffico nel 1992. La struttura della partnership è illustrata a fondo all'interno di AUSTRROADS, *Private Sector Financing in Roads Review of the Major Australian Toll Roads*, Sydney, 1998, p. 28.

<sup>135</sup> Sebbene di valore comparabile, i progetti “*closed*” in Australia, nel periodo considerato, sono numericamente inferiori a quelli britannici, spagnoli, canadesi e francesi. KPMG, *PPP Procurement. Review of Barriers to Competition and Efficiency of PPP Projects*, May 2010, pp. 8-9 e 17. Sul versante italiano, A. TONETTI, *Ancora sulle infrastrutture: il nodo della “fattibilità”*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 12, 2013, a proposito della difficoltà a giungere al closing finanziario dei progetti.

<sup>136</sup> Cfr. C. CHAN ET AL., *Public Infrastructure Financing an International Perspective*, Australian Government Productivity Commission, *Productivity Commission Staff Working Paper*, p. 15 ss.

<sup>137</sup> KPMG, *PPP Procurement. Review of Barriers to Competition and Efficiency of PPP Projects*, May 2010, pp. 29-31.

<sup>138</sup> Cfr. AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines – Volume 1: Procurement Options Analysis*, December 2008, p. 9.

<sup>139</sup> Similmente al “concorso di progettazione” disciplinato dalla Parte II, Titolo I, Capo IV (“*Servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria*”), Sezione III, del *Codice dei contratti pubblici italiano* (artt. 99 ss.).

fenomeni di “*overbidding*”<sup>140</sup>. D’altra parte, i centri di imputazione del rischio sono molteplici e l’azione di coordinamento può risultarne indebolita<sup>141</sup>.

La modalità di affidamento di tipo “*design and construct*” (D&C) è simile alla precedente ma se ne differenzia per un duplice profilo: il committente pubblico affida al privato sia la progettazione, sia la realizzazione dell’opera infrastrutturale, e il privato contraente può sub-affidare, in tutto o in parte, la progettazione dell’opera<sup>142</sup>. Il vantaggio che risiede nella scelta di questo modello attiene, in particolare, alla celerità con cui l’affidamento si conclude. Il “*design and construct*” conosce alcune varianti: il “*design, novate and construct*”, il “*design, develop and construct*”, il “*design, construct and maintain*”. Nel primo caso, la progettazione è effettuata dal committente; nel secondo, parte della progettazione è affidata al contraente, che viene solitamente pagato in somma fissa<sup>143</sup>; nel terzo, il privato si obbliga ad erogare i servizi di manutenzione dell’opera durante la realizzazione e sino alla scadenza del contratto<sup>144</sup>.

Il “*construction management*” si basa sull’affidamento ad un “gestore” privato del coordinamento delle fasi di realizzazione dell’opera. Tale aspetto rappresenta, per il contrente pubblico, il maggior vantaggio insito nella scelta del modello<sup>145</sup>. Al gestore vengono affidati compiti di supervisione e pianificazione dei lavori e questi viene retribuito proporzionalmente all’ammontare delle risorse impiegate. Il rischio è, in questo caso, riversato sui soli affidatari dei lavori: nell’ipotesi in cui parte di questi non vengano realizzati o alcuni operatori escano dal mercato, il committente pubblico è tenuto a retribuire il gestore indipendentemente da tali evenienze. Il modello è particolarmente utile nel caso in cui l’affidamento dei lavori riguardi un numero elevato di prestazioni diverse e, specialmente, nel caso in cui il committente pubblico preferisca affidare ad un terzo le funzioni di supervisione e coordinamento di tutti i contractor privati operanti a vario titolo nella filiera<sup>146</sup>.

<sup>140</sup> “A further characteristic of PPPs in which the SPV carriers demand risk is systemic forecasting error”. Così M. REGAN, *Project finance: transactional evidence from Australia*, in *Public Infrastructure Bulletin*, n. 9, 2014, p. 11.

<sup>141</sup> Così AUSTRALIAN GOVERNMENT – DEPARTMENT OF INFRASTRUCTURE AND TRANSPORT, *Infrastructure Planning and Delivery: Best Practices Case Studies*, vol. 2, February 2012, p. 33.

<sup>142</sup> In particolare, AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines – Volume 1: Procurement Options Analysis*, December 2008, p. 11.

<sup>143</sup> AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *Efficiencies in Major Project Procurement*, vol. I, June 2012, p. 19 ss.

<sup>144</sup> Si veda AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines – Volume 1: Procurement Options Analysis*, December 2008, pp. 11-12.

<sup>145</sup> Così AUSTRALIAN GOVERNMENT – DEPARTMENT OF INFRASTRUCTURE AND TRANSPORT, *Infrastructure Planning and Delivery: Best Practices Case Studies*, vol. 2, February 2012, p. 33.

<sup>146</sup> Cfr. AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines – Volume 1: Procurement Options Analysis*, December 2008, in part. p. 14.

Diversamente dalla precedente, nel modello della “*project alliance*”, una società veicolo (alliance vehicle) è costituita per condividere il rischio connesso alla realizzazione dell’opera. Solitamente, la società veicolo è costituita congiuntamente da un contractor e da un privato che assume compiti di progettazione. Il committente pubblico garantisce alla società una remunerazione proporzionale ai costi operativi sostenuti e compone, con i due contraenti privati, un alliance board cui sono affidati compiti di coordinamento. Nella fase che precede l’inizio dei lavori, il committente e i partecipanti alla società “alleata” stabiliscono congiuntamente i parametri da seguire per realizzare e gestire l’opera, secondo la logica del “gain share, pain share”<sup>147</sup>. In caso di affidamenti con elevati profili di rischio, di opere particolarmente complesse da realizzare, di importi di media entità (20-25 milioni di dollari) e di difficoltà nella definizione dei costi operativi, il modello dell’alleanza di progetto appare preferibile rispetto agli altri. L’affidamento mediante “alleanza” presuppone, inoltre, una “non-litigation clause”: questa impedisce ai contraenti di agire in giudizio l’uno contro l’altro per inadempimento contrattuale<sup>148</sup>.

Infine, con l’opzione per il “managing contractor”, il committente pubblico affida ad un “head contractor” la gestione globale dei sub-affidatari che eseguiranno in proprio i lavori<sup>149</sup>. Il contractor accetta di condividere una parte del rischio e, solitamente, viene retribuito in somma fissa<sup>150</sup>. Ai pagamenti convenuti possono aggiungersene alcuni di ammontare variabile, in modo da incentivare una gestione efficiente dei lavori. Il ruolo del contractor principale varia sensibilmente e questo, di norma, non è scelto mediante procedura competitiva<sup>151</sup>: può assumere la veste di un semplice coordinatore, può eseguire in proprio una parte dei lavori, può progettare parte dell’opera. In generale, tuttavia, gestisce l’espletamento delle procedure di selezione dei sub-contraenti e si assicura che questi rispettino i parametri di qualità preventivamente fissati dal committente pubblico. L’opzione è profittevole in caso di mancanza di *expertise* da parte del committente e di

<sup>147</sup> Cfr. AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines – Volume 1: Procurement Options Analysis*, December 2008, in part. p. 15.

<sup>148</sup> AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *Efficiencies in Major Project Procurement*, vol. I, June 2012, p. 23.

<sup>149</sup> L’opzione è simile al “contraente generale”, peraltro derivata dal general contractor di matrice anglosassone, disciplinato dall’art. 176 del *Codice dei contratti pubblici italiano*.

<sup>150</sup> In tal senso, AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines – Volume 1: Procurement Options Analysis*, December 2008, p. 16.

<sup>151</sup> Così AUSTRALIAN GOVERNMENT – DEPARTMENT OF INFRASTRUCTURE AND TRANSPORT, *Infrastructure Planning and Delivery: Best Practices Case Studies*, vol. 2, February 2012, p. 33. In argomento, si veda anche P. BLANCHARD, *Remarques comparatistes sur l’introduction de la concurrence dans le contrats de concession, Bot et autres partenariats public/privé*, in S. BERTHIER, G. BOURDEAUX, *Etudes en hommage à Eugène Schaeffer*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 11 ss.

particolare complessità del profilo del rischio associato alla realizzazione dell'opera.

In conclusione, può ricordarsi che l'OCSE ha definito il “mercato” australiano del PPP come uno dei più “maturi” al mondo, in specie per capacità di attrarre imprese straniere e per ventaglio di investimenti possibili, secondo solo a quello del Regno Unito e del Canada<sup>152</sup>. Secondo stime delle Nazioni Unite, le porzioni di autostrade a pedaggio (*toll roads*) in concessione aumentano di circa 40 km all'anno: l'aumento è costante ma quantitativamente modesto se comparato rispetto a quello registrato dei Paesi appena citati<sup>153</sup>.

Sebbene, quindi, il sistema delle concessioni autostradali australiano abbia notevole appeal, non mancano, tuttavia, esempi di cattiva programmazione degli aspetti finanziari legati alla gestione di autostrade a pedaggio e gallerie i quali, seppur brevemente, meritano di essere presi in esame<sup>154</sup>. Tra questi si segnalano, in particolare, lo *EastLink* di Melbourne, i cui concessionari, Thiess e John Holland, hanno registrato perdite per 93 milioni di dollari nei primi sei mesi di apertura, tanto che nel 2010 si è reso necessario un rifinanziamento del progetto e la rideterminazione del volume di traffico atteso; il *Cross City Tunnel* di Sydney, la cui costruzione è stata finanziata tramite capitali privati per 220 milioni di dollari (il 50% da Cheung Kong Infrastructure, il 30% da DB Capital Partners, il 20% da Bilfinger Berger) e a debito per 580 milioni provenienti dalla banca australiana Westpac e dalla Deutsche Bank, i cui regimi di traffico inferiori alle aspettative hanno reso il gestore del pedaggio, *KordaMentha*, insolvente per 500 milioni; l'autostrada Clem 7 di Brisbane, costruita da una joint venture tra *Leighton Contractors* e *Baulderstone/Bilfinger Berger*, il cui gestore, *RiverCity*, è in amministrazione controllata perché gli introiti legati ai pedaggi, stimati dalla società di consulenza Aecom, citata in giudizio dall'amministratore davanti alla Corte federale per un danno stimato in oltre 2 miliardi, non hanno coperto il costo degli interessi sul debito; la galleria *Legacy Way* di Brisbane, la cui costruzione è stata finanziata dal consiglio comunale della città (1 miliardo di dollari) e dal governo

<sup>152</sup> OECD, *Infrastructure to 2030. Mapping policy for electricity, water and transport*, vol. 2, Paris, 2007, cit. in KPMG, *PPP Procurement. Review of barriers to competition and efficiency in procurement of PPP projects*, May 2010, p. 1.

<sup>153</sup> UNCTAD, *Best Practices in Investment for Development*, New York-Geneva, 2009, p. 21 ss. Si veda anche KPMG, *PPP Procurement. Review of barriers to competition and efficiency in procurement of PPP projects*, May 2010, p. 7: “Compared with some international jurisdictions, the number of PPP projects undertaken in any year and the announced pipeline of future PPP projects in Australia is limited. Australia has closed fewer PPP projects since 2005, and has a smaller announced pipeline of PPP projects, than the UK, Spain, Canada and France.”.

<sup>154</sup> Un elenco dettagliato è disponibile sul sito <http://www.tunneltalk.com>, il quale raccoglie informazioni ad ampio spettro sull'industria autostradale australiana, sugli investimenti, sui principali operatori di settore e sulle condizioni delle più importanti infrastrutture viarie.



federale (500 milioni): il consiglio sta cercando, senza fortuna, un soggetto che subentri nella concessione cinquantennale, visti gli scarsi ritorni sull'investimento.

## 5. La struttura delle concessioni.

Per quanto concerne il *design* della “concessione”, ossia, in particolare, l’oggetto delle obbligazioni, le modalità di pagamento e di trasferimento del rischio al concessionario<sup>155</sup>, uno studio commissionato dal Dipartimento delle infrastrutture e dello sviluppo regionale australiano evidenzia che i committenti pubblici australiani, siano essi il governo federale o quelli statali, optino quasi sempre per il pieno trasferimento del rischio legato al volume del traffico (e all’ammontare dei pedaggi) ai concessionari<sup>156</sup>. L’ammontare dell’offerta avanzata in sede di gara dipende dalla sua prevista idoneità a coprire i costi che saranno sostenuti e, parallelamente, dalla generazione di un ritorno sul capitale entro il termine della concessione (come già anticipato nel paragrafo precedente, in media 20-35 anni, su una base non fissa ma stabilita *ex ante* in fase di negoziazione). Di conseguenza, l’ammontare dell’offerta si basa in larga misura sul volume del traffico e sui pedaggi secondo il modello della “*stand-alone fixed-term concession*”. La “concessione a termine fisso” è contraddistinta, pertanto, da una ripartizione del rischio tra concedente e concessionario del tutto sbilanciata sul secondo, da un termine prefissato di durata commisurato alla previsione sui tempi di rientro dall’investimento e difficilmente rinegoziabile.

Si affiancano a questo tipo classico, integrandolo e perfezionandone le caratteristiche fondamentali, quattro soluzioni differenti, adottate sia in Australia, sia in altri Paesi<sup>157</sup>.

La prima, utilizzata per la realizzazione del *Peninsula Link* nello Stato di Victoria<sup>158</sup>, si connota per meccanismi di pagamento di tipo “*availability-based*”.

---

<sup>155</sup> Cfr. S. ROSE, *Valuation of Interacting Real Options in a Toll road Infrastructure Project*, in *The Quarterly Review of Economics and Finance*, vol. 38, special edition, 1998, pp. 711-725; nonché M. KERF ET AL., *Concessions for infrastructure. A guide to their design and award*, Washington D.C., World Bank Technical Papers, n. 339, 1998.

<sup>156</sup> J. VASSALLO, *Traffic Risk Mitigation in Highway Concession Projects*, in *Journal of Transport Economics and Policy*, vol. 40, n. 3, 2006, pp.359-381, cit. in RBCONSULTING, OXERA, *Disincentivising overbidding for toll roads concessions*, April 2012, p. 22.

<sup>157</sup> Per citarne solo alcuni, Regno Unito, Germania, Portogallo, Cile, Spagna, Colombia, Canada, Malesia, Egitto, Russia, Austria, Romania e Stati Uniti.

In questo caso, il concessionario non incassa le entrate derivanti dai pedaggi, bensì da pagamenti regolari da parte del concedente, non si accolla il rischio legato al traffico ma solamente quello legato alla disponibilità dell'infrastruttura (il concedente pubblico potrà trattenere somme di denaro in base, ad esempio, alla chiusura di tratte dell'arteria autostradale o di ingorghi regolari durante i periodi di punta)<sup>159</sup>. L'opzione ben si presta, evidentemente, a regolare rapporti tra concedente e concessionario in caso di “*freeway*”, ossia di autostrada non a pedaggio.

La seconda soluzione è di tipo “*pass-through tolls*”. In questo caso, il concessionario incassa i pedaggi e trasferisce il loro ammontare al concedente che, in seconda battuta, erogherà al concessionario somme di denaro a titolo di compensazione per l'investimento sostenuto. Tali somme sono commisurate, ad esempio, alla disponibilità dell'infrastruttura nel corso dell'anno e al suo stato di conservazione e manutenzione<sup>160</sup>, oggetto di puntuali verifiche.

La terza soluzione è una variante del modello tradizionale, definita “*flexible-term concession*”, e viene utilizzata in Australia con crescente frequenza: i committenti pubblici concedono il diritto ad incassare i pedaggi e a ricevere eventuali somme a titolo di compensazione per gli investimenti. Tra le tecniche principali di “variabilità” del termine del rapporto, generalmente combinabili tra loro: la concessione decade nel momento in cui i flussi di cassa ripagano l'investimento iniziale oppure nel momento in cui i flussi di cassa raggiungono un ammontare preventivamente fissato oppure, infine, nel momento in cui è raggiunto un determinato volume di traffico di veicoli<sup>161</sup>.

Infine, la quarta (“*construct-then-concession*”), utilizzata dal governo del Queensland per la realizzazione della *Logan Motorway* e per l'ammodernamento del *Gateway Bridge*<sup>162</sup>, parte da uno stringente presupposto, osservabile empiricamente: poiché la valutazione del rischio legato al traffico nei primi anni di

---

<sup>158</sup> Si tratta del c.d. *Frankton Bypass*, un'autostrada non a pedaggio che collega la penisola di Mornigton al reticolo stradale della periferia di Melbourne, aperta nel 2013 e lunga complessivamente 27 km.

<sup>159</sup> Si tratta di una soluzione utilizzata in modo crescente dalla *UK Highways Agency* ed utilizzata in altri Paesi europei ed extraeuropei, prevalentemente, per progetti *brownfield*. Sul punto, RBCONSULTING, OXERA, *Disincentivising overbidding for toll roads concessions*, April 2012, in part. p. 24; M.J. GARVIN ET AL., *Valuing Flexibility in Private Toll Road Development: Analysis of the Dulles Greenway*, in *The Journal of Structured and Project Finance*, n. 8, 2002, pp. 25-36; nonché T. IRWIN, *Government Guarantees: Allocating and Valuing Risk in Privately Financed Infrastructure Projects*, The World Bank, 2007, p. 213 ss.

<sup>160</sup> Cfr. RBCONSULTING, OXERA, *Disincentivising overbidding for toll roads concessions*, April 2012, in part. p. 27.

<sup>161</sup> A tale modello si sono allineati il Regno Unito, il Portogallo, la Spagna, la Colombia e il Cile, ed il suo utilizzo è crescente. RBCONSULTING, OXERA, *Disincentivising overbidding for toll roads concessions*, April 2012, pp. 29-30.

<sup>162</sup> Cfr. RBCONSULTING, OXERA, *Disincentivising overbidding for toll roads concessions*, April 2012, pp. 32, nota 100.

vita dell'infrastruttura incorre sistematicamente in errori<sup>163</sup>, il concedente può ritenere più efficiente affidare la costruzione dell'opera con strumenti di tradizionale *procurement*, scontare il rischio e gli eventuali errori della sottostima e, solo successivamente, affidare la gestione dell'opera in *leasing*. Una variante del modello di “*construct-then-concession*” consiste nell'affidare in regime di concessione un'opera di nuova realizzazione, legata strutturalmente ad una già esistente e funzionante (ad esempio, una nuova carreggiata di un ponte a pedaggio). Gli incroci, in termini di flussi di cassa, che si possono generare da questo modello, ossia le coperture degli investimenti poco profittevoli nel breve periodo con quelli che producono ritorni più consistenti, sono ritenuti particolarmente profittevoli<sup>164</sup>.

I rapporti tra concedente e concessionario devono svolgersi, in ogni caso, nel rispetto di norme tangenti a quelle relative alle infrastrutture che integrano automaticamente l'atto. Si tratta, in particolare, del *National Code of Practice for the Construction Industry*, che si applica a tutti i progetti finanziati dal governo federale per importi pari o superiori a 5 milioni di dollari che rappresentino almeno il 50% del valore dell'opera e a quelli finanziati per importi pari o superiori ai 10 milioni a prescindere dalla proporzione rispetto ad altri finanziamenti, privati o pubblici; dello *Australian Government Building and Construction Occupational Health and Safety Accreditation Scheme*, che contiene regole relative alla salute e alla sicurezza e che si applica seguendo le stesse soglie appena elencate per accreditare preventivamente gli operatori che realizzano i lavori rispetto a *standard* prefissati; allo *Environment Protection and Biodiversity Conservation Act* del 1999, alle leggi speciali che proteggono i nativi aborigeni e alle pianificazioni urbanistico-territoriali delle autorità sub-statali<sup>165</sup>.

Pare opportuno, infine, svolgere alcune considerazioni sul versante della tassazione: a seconda del modello di concessione prescelto, infatti, le decisioni strategiche degli operatori relative agli investimenti risulteranno modificate, così come la propensione delle autorità politiche ad adattare nel tempo la disciplina fiscale alle esigenze della finanza.

Sin dalla riforma del diritto tributario australiano del 1998 (*Ralph Review of Business Taxation*), la tassazione del reddito avviene ad un triplice livello: federale,

---

<sup>163</sup> Si veda, in particolare, J. BLACK, *Traffic risk in the Australian toll road sector*, in *Public infrastructure bulletin*, n. 9, 2014, p. 1: “*Performance is poor (on average, traffic is over-estimated by 100 per cent) when benchmarked against international experience in road traffic forecasting*”.

<sup>164</sup> Cfr. “*Bundle new construction with an existing asset*”, in RBCONSULTING, OXERA, *Disincentivising overbidding for toll roads concessions*, April 2012, p. 33 ss.

<sup>165</sup> Una più ampia descrizione è contenuta nel documento *Notes on Administration for the Nation Building Program*, July 2009, in part. p. 17 ss., che accompagna la legge sulle infrastrutture del 2009.

statale e sub-statale<sup>166</sup>. Gli stranieri residenti all'estero sono soggetti ad una tassa sui redditi da capitale (“*CGT – Capital Gain Tax*”) pari al 30% dell'*exit gain* solo se in possesso di *asset* legati alle infrastrutture (ma anche a titoli o a *trust*) presenti sul territorio nazionale e parte della “*taxable Australian property*”. Uno straniero residente, pertanto, sarà soggetto a tale forma di tassazione nel caso in cui sia intestatario di beni immobili sul territorio australiano (*real property*) oppure possieda almeno il 10% azioni di una società che, a sua volta, possiede beni sul territorio australiano (*indirect real property*) e ricava almeno il 50% del suo valore di mercato da tali beni<sup>167</sup>.

Di norma, gli interessi sul debito pagati per il finanziamento di infrastrutture sono deducibili. Le norme australiane che regolano la capitalizzazione sottile<sup>168</sup>, tuttavia, non consentono la deducibilità nel caso in cui il livello del debito ecceda il 75% del valore degli *assets*, al netto del loro deprezzamento (*book assets*). Considerato che tale limite può essere innalzato nel caso in cui la società sia un veicolo (*SPV – Special Purpose Vehicle*, società o fondo di investimento), generalmente finanziato a debito, gli investimenti nel settore delle infrastrutture hanno registrato un *trend* favorevole all'utilizzo di questo strumento<sup>169</sup> o di una combinazione di società e *trust*. Tale circostanza è da imputarsi al fatto che solo i “*trading trust*”, a forte caratura speculativa (ma non redditizi nel caso di investimenti fisici su terreni, macchinari, edifici) non sono soggetti a regimi di tassazione sul reddito particolari. Nel caso di una società o di un *public trading trust* (un *trust* in cui almeno un investitore è quotato in borsa, raccoglie investimento dal pubblico, è attribuibile a non meno di cinquanta persone) la tassazione è al 30%.

Le c.d. “*stapled structures*”, ampiamente utilizzate in Australia nel caso delle concessioni autostradali di strade a pedaggio, prevedono, come si accennava, una compresenza strategica di società e fondo di investimento e sfruttano i vantaggi fiscali cui si è fatto riferimento: al fondo viene solitamente attribuita la proprietà dell'infrastruttura e alla società, che ne incassa i proventi, è affidata la gestione dell'opera. L'utilizzo di fondi comuni di investimento aperti (*MITs – Managed*

<sup>166</sup> AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines. Practitioner's Guide*, March 2011, in part. p. 41.

<sup>167</sup> PRICEWATERHOUSECOOPERS, *Infrastructure Investing – Global Trends and Tax Considerations*, March 2011, in part. p. 5 ss.

<sup>168</sup> Come è noto, la “*thin capitalization*” consente, entro determinati limiti (si veda, a proposito dell'ordinamento italiano, l'art. 98 del testo unico delle imposte sui redditi), di sottocapitalizzare una società rispetto alle attività esercitate e di finanziarle a debito mediante l'afflusso di capitali da parte di soci qualificati. Il vantaggio principale di tale operazione consiste nella deducibilità fiscale degli interessi passivi corrisposti ai soci e nel non aumento dell'imposta che si applica agli interessi attivi percepiti dai soci qualificati.

<sup>169</sup> Cfr. PRICEWATERHOUSECOOPERS, *Infrastructure Investing – Global Trends and Tax Considerations*, March 2011, in part. p. 6.

*Investment Trusts*)<sup>170</sup>, soggetti ad una tassazione dei proventi del 7,5%, se questi sono realizzati dopo il 1° giugno 2010 e se il governo australiano ha sottoscritto con lo Stato in cui sono distribuiti un apposito accordo sullo scambio di informazioni (*EEI – Effective Exchange of Information*), è privilegiato dagli operatori di settore.

## 6. La regolazione del rapporto.

Le linee guida federali dettano i principi “commerciali” che i committenti trasferiscono, variamente, all’interno della concessione-contratto<sup>171</sup>: “*These principles will apply to the Commonwealth and all States/Territories (and their agencies, including in some jurisdictions, public trading enterprises and Government Owned Corporations where applicable), so as to achieve a consistent and efficient risk allocation framework for the delivery of economic infrastructure PPPs across jurisdictions.*”. Tali principi regolano, in particolare, gli obblighi di pagamento, di manutenzione, le indennità, i casi di forza maggiore, le modifiche al contratto accessivo alla concessione, i rapporti con i sub-contraenti, i poteri di autotutela del committente pubblico, i casi di inadempimento totale o parziale e così via. Sebbene dettati omogeneamente a livello federale, ogni Stato o Territorio può adattarli discrezionalmente: “*While recognising the need for consistency across jurisdictions, governments also appreciate the need for flexibility within this framework to allow for jurisdiction specific needs that may arise as a result of differing planning regimes, site conditions, legislative requirements or other risks or policies. Accordingly, in some areas these principles acknowledge that approaches for dealing with a particular risk or contractual issues, may differ across jurisdictions while still remaining within the overall risk framework of the principles.*”.

---

<sup>170</sup> I requisiti per la costituzione di un fondo simile sono elencati all’interno del *Corporations Act* australiano del 2001, *section 9*. In estrema sintesi, questi attengono alla residenza del gestore (in Australia), alla prevalenza di attività *non-trading*, all’apertura al pubblico, alla necessità che le attività vengano rivolte ad investimenti sul territorio australiano. Per un approfondimento, si veda HERBERT-SMITT-FREEHILLS, *Real Estate Investment in Australia. What Is a Managed Investment Fund?*, October 2012, in part. p. 6 ss.

<sup>171</sup> AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines. Volume 7: Commercial Principles for Economic Infrastructure*, 2011, p. 5 ss.

Tra le regole che discendono da quei principi sono state prescelte, per il relativo esame, le principali<sup>172</sup>. Alcune di queste si applicano al “*project agreement*”, in una fase, quindi, preliminare alla realizzazione dei lavori. Altre, invece, si applicano ai fatti che si realizzano durante la “vita” dell’opera, a costruzione ultimata. Si partirà delle prime per poi passare alle seconde.

La prima regola che si è scelto di evidenziare attiene all’inadempimento delle clausole del “*project agreement*” da parte del committente pubblico (*Contractual Issues*): “*Anything done by government pursuant to its executive or legislative powers and functions, even if directly contrary to the outcomes envisaged by the project agreement, will be deemed not to constitute a breach of the project agreement.*”. Del resto, il committente può prevedere, nel contratto, apposite compensazioni a beneficio del privato contraente<sup>173</sup>. La seconda regola è relativa al *financial close* (*Conditions Precedent to Financial Close*): se il contraente non ha rispettato una o più “*Conditions Precedent*” o se il committente pubblico è “insoddisfatto” in relazione al loro adempimento, questi può non dar seguito alla stipulazione del contratto di concessione. Tra le condizioni che devono essere rispettate dal privato rientrano, tra le altre, la sottoscrizione preliminare di accordi contrattuali con i maggiori sub-affidatari e l’invio di copia di questi al committente pubblico, la presentazione dei documenti finanziari e delle eventuali garanzie necessarie (*warranty*), la comunicazione di informazioni riguardanti la propria struttura societaria, la dimostrazione di regolarità fiscale. La terza regola attiene alla durata del contratto (*Contract Term*). Come accennato nel paragrafo precedente, il termine non è fisso ma deriva da una valutazione di almeno tre fattori: “(a) *the minimum term considered necessary to deliver a reasonable return on the asset; (b) the need not to unduly limit government’s flexibility in the longer term; and (c) the likely length of the design and construction phase.*”<sup>174</sup>. Variazioni del termine possono essere negoziate dalle parti<sup>175</sup>. La quarta regola è relativa alle

<sup>172</sup> La descrizione completa è contenuta in AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines. Volume 7: Commercial Principles for Economic Infrastructure*, 2011.

<sup>173</sup> “Government may assume specific obligations and liabilities under the project agreement with respect to certain acts or omissions of government, including the exercise of its powers, functions and duties which will be enforceable against it.”. AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines. Volume 7: Commercial Principles for Economic Infrastructure*, 2011, p. 5.

<sup>174</sup> AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines. Volume 7: Commercial Principles for Economic Infrastructure*, 2011, p. 10 ss.

<sup>175</sup> “Governments may want to make transport changes that could adversely affect a concession, such as improvements in public transport. In Australia, the government retains this right but negotiates an acceptable outcome to the investor by using an agreed transport model to explore the financial effects of the change before it is made. [...] In practice, a concession contract is likely to be amended many times (the Melbourne City Link contract was amended three times in its first three years) so the concession must provide an equitable way of discussing and implementing changes, and both parties should nurture good relationships, as they have many shared goals. Frequently, both parties have aspects of the contract they

autorizzazioni ambientali e alla valutazione di adeguatezza dei luoghi in cui i lavori sono realizzati (*Environmental issues and Site Conditions*). Rispetto a queste, il privato contraente è sempre responsabile<sup>176</sup> ed è tenuto a compensare il committente pubblico “*against all third party liability arising in relation to any contamination existing on, over, under or emanating from, the site, except to the extent that government has agreed to share remediation costs.*”.

Vi sono poi poteri del committente, dai quali derivano limiti alla possibilità di negoziare ma anche alle responsabilità assunte dal privato, che riguardano i rapporti con i nativi australiani (*Native title and artefacts*). Il committente sopporta il rischio di contenzioso con i nativi e di erogazione di eventuali indennità di espropriazione sulla base dei diritti riconosciuti a questi dal *Native Title Act 1993*. Il privato, dal canto suo, non potrà pretendere dal committente alcuna compensazione monetaria in caso di “*loss or damage*” sofferti in caso di controversie o di ritardo<sup>177</sup>.

In vista della fase di costruzione, il committente pubblico concede in affitto al privato il suolo su cui edificare l’opera (*licence o lease*) sino al termine convenuto. Il privato è interamente responsabile della progettazione (*design*) e della costruzione (*construction and completion*). Egli sopporta interamente il rischio di eventuali difetti ed è sempre tenuto a rimediare a proprie spese. Il committente pubblico può decidere di “proteggersi” contro il rischio di insoddisfacente adempimento delle obbligazioni di progettazione e costruzione attraverso tre strumenti principali: la clausola penale (*liquidated damages*), la previsione di specifiche obbligazioni di risultato (*performance bonds*), la previsione di garanzie finanziarie che i soggetti che controllano il privato contraente sono tenuti a sottoscrivere (*parent company guarantees*).

Nella fase successiva alla costruzione, la gestione e la manutenzione dell’opera (*operation and maintenance*) sono sempre a carico del privato<sup>178</sup>. Il committente misurerà la rispondenza di tali attività agli obiettivi prefissati in sede di negoziazione del contratto sulla base di specifici *KPI – Key Performance Indicators*. Questi includono, in particolare, la *customer satisfaction*, la qualità del servizio dal punto di vista ambientale ed estetico, la gestione di eventuali incidenti, lo “stato di salute” e di adeguata funzionalità dell’opera. Nel caso di strade a

---

*wish to be amended, so there is an opportunity for trade-offs to produce a balanced outcome.*”. UNCTAD, *Best Practices in Investment for Development*, New York-Geneva, 2009, p. 30.

<sup>176</sup> Cfr. AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines. Volume 7: Commercial Principles for Economic Infrastructure*, 2011, p. 11: “*The private party will be responsible for obtaining and complying with all other environmental approvals (at its cost). The private party will be responsible for environmental compliance.*”.

<sup>177</sup> AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines. Volume 7: Commercial Principles for Economic Infrastructure*, 2011, p. 17.

<sup>178</sup> Cfr. AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines. Volume 7: Commercial Principles for Economic Infrastructure*, 2011, in part. p. 38.

pedaggio, di norma il privato incassa i proventi dei pedaggi. La struttura di questi ultimi, approvata in sede di gara, può essere definita e variata sulla base delle caratteristiche dei veicoli, delle porzioni di infrastruttura su cui il traffico transita o dei periodi della giornata in cui questo è più intenso<sup>179</sup>. D'altra parte, il committente pubblico, che normalmente non finanzia la gestione dell'opera, può contribuirvi direttamente. In sede di negoziazione, infatti, possono essere individuati elementi dell'infrastruttura che, se completati entro un certo lasso di tempo e verificati dall'*independent verifier*, danno diritto ad un pagamento immediato a favore del concessionario. Le stesse considerazioni possono formularsi in caso di ultimazione anticipata dei lavori: in tal caso, tuttavia, il committente può anche decidere di ridurre il termine del contratto, in percentuale stabilita in sede di sottoscrizione del *deed*, anziché versare le somme pattuite<sup>180</sup>.

Vi sono poi una serie di eventi straordinari che possono rendere difficile o impossibile, per il privato, ottemperare le obbligazioni assunte con la parte pubblica o con i finanziatori. Possono distinguersi eventi che rendono più oneroso o impossibile ripagare i debiti (*key risk events*)<sup>181</sup>, eventi che rendono più difficile realizzare o mantenere l'opera (*compensation events*)<sup>182</sup> ed eventi scaturenti da

---

<sup>179</sup> Tale questione è stata affrontata anche in ambito europeo. In particolare, EUROTOLL, *European Research Project for Toll Effects and Pricing Strategies*, Luxembourg, 1999, *passim*, e OECD, *Toll financing and private sector involvement in road infrastructure development*, Paris, 1987, in part. p. 21 ss.

<sup>180</sup> AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines. Volume 7: Commercial Principles for Economic Infrastructure*, 2011, p. 45.

<sup>181</sup> Tra questi: “*the occurrence of a Project Specific Change in Law [...]; as a result of a native title application or claim the private party is directed, ordered or required to cease to perform the operating activities (or to change the way it does so) (other than by way of a Final Court Decision which may be a Termination Event; as a result of a challenge to a planning approval obtained by government the private party is ordered by a court to cease carrying out the operating activities (or to change the way it does so) (other than by way of a Final Court Decision which may be a Termination Event and provided the challenge was not the result of a breach of the planning approval or project agreement; the occurrence of an Uninsurable Force Majeure Event that affects the project works or facility; in the case of a tollroad project, in some jurisdictions, the offence of failing or refusing to pay tolls or charges is not enforced by government, consistent with government’s approach on an equivalent enforcement regime at contractual close; in some jurisdictions, an identical directly competing facility is opened during the Contract Term; and in the case of a tollroad project, in some jurisdictions a principal traffic connection is closed other than for specified events such as emergency, material threat to health or safety of the public, upgrade and maintenance or a special event.*”.

<sup>182</sup> Tra questi: “*a modification, withdrawal, revocation or replacement of the government obtained planning approval referred to in section 6.2(a), other than due to an application for a further planning approval by, or any other action or inaction of, the private party or its sub-contractors, or as a result of a breach of that planning approval or as a result of a private party initiated Modification; as a result of a challenge to the government obtained planning approval referred to in section 6.2(a) the private party is ordered by a court to cease carrying out the design and construction activities (or to change the way it does so), provided the challenge was not the result of a breach of the planning approval or project agreement by the private party; a government or court direction to suspend or cease all or any part of the works because of a native title application or claim where government assumes this risk (provided the cessation order does not result from a private party breach of its obligations in relation to native title); a government direction in relation to artefacts (provided the direction does not result from a private party breach of its obligations in relation to artefacts); and an Environmental Notice served on the private party or government other than an*



decisioni del committente finalizzate a modificare il contenuto di talune obbligazioni (*modifications*). Nel primo caso, alla maggiore onerosità per il privato egli rimedia attraverso la rinegoziazione di alcune clausole contrattuali, la ristrutturazione del debito o la modifica del termine del contratto, che il committente deve comunque approvare. In casi del tutto limitati la parte pubblica acconsentirà ad una compensazione monetaria diretta. Nel secondo caso, la parte pubblica coprirà la maggiore onerosità connessa agli eventi con trasferimenti diretti. Nel terzo caso, salvo che le modifiche non siano state stabilite prima della fase di realizzazione dell'opera (*pre-agreed modifications*) dovranno distinguersi modifiche dei termini contrattuali meno onerose per il privato (in tal caso, esso compenserà il committente) e più onerose (in tal caso, avverrà l'esatto contrario).

In caso di forza maggiore (*uninsurable force majeure*), che comprende eventi naturali catastrofici, atti di terrorismo e sabotaggio, incidenti chimici o nucleari e così via<sup>183</sup>, le obbligazioni contratte dal privato sono sospese sino a cessazione dell'evento. Questi non può ottenere alcun risarcimento (*financial relief*), così come il committente non può pretendere una compensazione per gli eventuali danni arrecati all'opera o per il ritardo nei lavori. Il privato, tuttavia, è responsabile della ripresa dei lavori o della manutenzione (*reinstatement and repair*), da effettuarsi alla cessazione dell'evento. Per eventi assicurabili, all'atto del *financial close* il contraente è tenuto a dimostrare la stipulazione di apposite polizze (*proof of insurance*) a copertura del rischio.

Il committente pubblico, poi, può riservarsi una serie di prerogative da esercitare in caso di *default* del committente privato. Può, altresì, esercitare poteri speciali in casi eccezionali (*step-in*)<sup>184</sup>, assolvendo direttamente alcuni obblighi posti originariamente in capo al privato. I casi previsti di *default* sono molto ampi, tanto da porsi rispetto alla nozione di fallimento in rapporto di genere e specie. Sono

---

*Environmental Notice served in respect of: (i) any Site Condition, area or other matter for which the private party is responsible for in accordance with the project agreement; and (ii) a breach by the private party of its obligations under the project agreement (which includes an obligation to undertake the work in accordance with Good Industry Practice)."*

<sup>183</sup> "In the case of force majeure, [...] concessions place these risks on the concession holder on the grounds that it is better placed to manage them. [...]. In Australia, part of Sydney's Lane Cove Tunnel collapsed during construction. In that case, the concession holder took decisive action and the tunnel was still completed ahead of schedule. Such risks are substantial and there is clear public interest argument for transferring them to the private sector. Insurance is available for some risks." UNCTAD, *Best Practices in Investment for Development*, New York-Geneva, 2009, p. 29.

<sup>184</sup> Un'ampia descrizione di tali evenienze è reperibile in AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines. Volume 7: Commercial Principles for Economic Infrastructure*, 2011, p. 73 ss.: "Government may step-in and assume all or some of the service delivery obligations of the private party when: (a) there is an emergency, a serious risk to the structure of the facility or the works, the environment, the public or users of the facility or a serious risk of material damage to public or private property; (b) step-in is necessary to discharge a statutory duty; or (c) in some jurisdictions, an Event of Default occurs."

considerati casi qualificati di *default*, infatti, anche l'intenzione di abbandonare il progetto, le violazioni di regole ambientali o urbanistiche, l'insolvenza della maggioranza dei sub-contraenti, la verifica di falsità di garanzie presentate dal privato in sede di gara, una valutazione insoddisfacente della *performance* di realizzazione dell'opera o di manutenzione. In tutti questi casi, la parte pubblica assegna un termine a quella privata che è tenuta a rimediare (*cure period*). In caso di decorso infruttuoso del termine, il committente può recedere dal contratto (*termination*) e divenire titolare di un diritto al risarcimento dell'eventuale danno subito<sup>185</sup>.

Lo scioglimento dell'accordo può, invece, far nascere in capo al privato il diritto ad una compensazione da parte del governo (*termination by private party*). Ciò avviene, in particolare, se uno o più atti amministrativi che regolano il rapporto vengono dichiarati illegittimi da parte di un giudice, se il committente non eroga i pagamenti pattuiti o se questi non consente al privato la disponibilità del sito o rende in ogni caso impossibile o eccessivamente onerosa la realizzazione dell'opera. In tutte le circostanze diverse dal *default* che determinano lo scioglimento del vincolo, il privato ha diritto ad un pagamento in denaro (*termination payment*)<sup>186</sup>.

Vi sono poi stringenti regole che vertono sui sub-affidamenti, sulle modifiche all'assetto proprietario del contraente, sul rifinanziamento e sulle obbligazioni nascenti al termine della concessione. Sul versante dei sub-affidatari, i più importanti (c.d. "*material*") devono essere identificati dal privato e approvati dal committente in fase di *closing*. La scelta di questi spetta sempre al contraente, il quale deve assicurarsi che posseggano i requisiti di reputazione, nonché "*experience, expertise and ability to perform*"<sup>187</sup>. Il contraente, inoltre, è sempre responsabile delle loro attività. La sua struttura proprietaria, di norma, non può essere variata senza il consenso del committente: "*In some jurisdictions, the private party must not permit any change to the legal or beneficial ownership of any shares or units or any interests in any member of the private party groups without*

---

<sup>185</sup> In generale, "*Government may terminate the concession if: Construction is not completed on time, and diligent efforts to complete are not in place; Lanes are closed without State permission; Major laws are not being complied with; The project is not being operated in accordance with the concession Major concession obligations are not met; The concession holder abandons the project; and The concession holder becomes insolvent, bankrupt, etc. The circumstances under which the government can act are carefully defined and the concession holder will have rights of appeal or legal review of government termination actions.*". UNCTAD, *Best Practices in Investment for Development*, New York-Geneva, 2009, p. 35 ss..

<sup>186</sup> Sulle modalità di calcolo dell'indennizzo, si veda AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines. Volume 7: Commercial Principles for Economic Infrastructure*, 2011, pp. 79-81.

<sup>187</sup> Cfr. AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines. Volume 7: Commercial Principles for Economic Infrastructure*, 2011, p. 87.

*government's prior consent*"<sup>188</sup>. Sul versante delle modifiche all'accordo finanziario (*re-financing gain*), così come approvato in fase di *closing*, va precisato che queste richiedono necessariamente l'approvazione del committente. In generale, le modifiche che rendono più oneroso l'accordo saranno sopportate al 50% da ciascuna parte<sup>189</sup>. Il committente, qualora ritenga che le condizioni di mercato consentano modalità di finanziamento dei lavori migliori rispetto a quelle pattuite, può richiedere la modifica dell'accordo finanziario: in tal caso, tuttavia, sarà il privato contraente a negoziare con i finanziatori ed egli "*will be required to use reasonable endeavours to obtain the most favourable available terms*". Al termine della concessione, poi, l'infrastruttura viene trasferita al committente, così come i diritti e le obbligazioni restanti (*obligation to surrender*). Nel caso in cui, a seguito di apposite ispezioni, venga verificato che una parte dei lavori non è stata ultimata, il committente può realizzarla in proprio o appaltarla con procedura ristretta<sup>190</sup>.

Una serie di regole, infine, attiene a specifici divieti per il contraente privato (*Restrictions on private party*) ed obblighi relativi alla conservazione di informazioni e alla riservatezza (*Records, confidentiality and disclosure*), alla proprietà intellettuale (*Intellectual property*) e all'integrità (*Probity*). Anche in questo caso, i principi e alcune regole sostanziali sono inderogabili dalle parti, altri possono essere negoziati. Sul versante dei divieti, il privato contraente non può porre in essere attività diverse da quelle convenute senza l'assenso della parte pubblica, non può erogare risorse finanziarie seguendo modalità diverse da quelle previste in caso di rifinanziamento o pagamento delle prestazioni dei sub-contraenti, non può disporre dei diritti scaturenti dalla concessione<sup>191</sup>. Il privato, poi, è tenuto a conservare tutti i documenti relativi alla realizzazione dell'opera e alla gestione delle risorse finanziarie. La pubblicazione di informazioni relative al contratto è consentita solo se autorizzata dal committente. Infine, gravano sul privato i rischi connessi alla proprietà intellettuale (sfruttamento ed eventuale contenzioso) e agli eventi legati all'integrità degli organi societari e del personale coinvolto a vario titolo nei lavori (*probity events*). In questi casi, il committente può svolgere

---

<sup>188</sup> Cfr. AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines. Volume 7: Commercial Principles for Economic Infrastructure*, 2011, p. 89 ss.

<sup>189</sup> AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines. Volume 7: Commercial Principles for Economic Infrastructure*, 2011, p. 99 ss.

<sup>190</sup> AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines. Volume 7: Commercial Principles for Economic Infrastructure*, 2011, in part. p. 91 ss.

<sup>191</sup> AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines. Volume 7: Commercial Principles for Economic Infrastructure*, 2011, pp. 105-106. In particolare, "*Other than a Permitted Security Interest or where a replacement private party has been appointed by a financier in accordance with the requirements of the funder's direct agreement, the private party must not dispose of any of its rights or interests in the project agreement or other Project Contracts, without obtaining government's prior consent (to be provided at its discretion).*".

indagini, ordinare al contraente di rescindere i legami societari o i rapporti di lavoro, recedere dall'accordo<sup>192</sup>.

## 7. Il sistema di risoluzione delle controversie.

L'ordinamento della giustizia australiana non conosce un rito speciale per le procedure di gara, né sono previsti tribunali specializzati per la risoluzione delle controversie in tema di realizzazione e gestione di infrastrutture<sup>193</sup>. A livello federale, il giudice di primo grado competente, nel caso di controversia insorgente tra committente pubblico e contraente privato, è la *Federal Court*. Giudice di secondo grado è la *High Court*, che esercita anche le funzioni di tribunale costituzionale. Entrambe le corti hanno poteri di *judicial review* nei confronti delle decisioni dell'amministrazione sulla base dell'*Administrative Decisions Act* del 1977<sup>194</sup>, nonché di risoluzione delle controversie inerenti, ad esempio, il diritto delle obbligazioni e dei contratti (*civil dispute resolution*). Il ricorso all'*Ombudsman* è, almeno nel settore delle infrastrutture, scarsamente rilevante. A livello sub-federale, le controversie sono risolte dalla corte di statale di primo grado o da quelle territoriali, a seconda che il soggetto pubblico coinvolto sia uno Stato o un Territorio o un'autorità locale. Ogni parlamento sub-federale ha il potere, nel rispetto dei principi costituzionali, di regolare l'organizzazione della giustizia all'interno dei propri confini e di stabilire le modalità di accesso e i poteri dei giudici.

Il sistema di giustizia australiano ha, pertanto, una marcata impronta monista. L'incardinamento della giurisdizione, così come appena delineata, non varia se oggetto della controversia è un provvedimento amministrativo oppure il "*breach of contract*". I tribunali amministrativi (*AAT – Administrative Appeals Tribunals*), che pure affiancano quelli ordinari dagli anni Settanta e possono sindacare i provvedimenti amministrativi (*merit review*), non possono essere investiti di alcuna controversia in materia di *procurement* in quanto la loro competenza, *ratione*

<sup>192</sup> Si veda, in argomento, AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines. Volume 7: Commercial Principles for Economic Infrastructure*, 2011, in part. p. 116.

<sup>193</sup> "There is no specific legislation or court system for challenging public procurement decisions". Così in *International Comparative Legal Guides* (<http://www.iclg.co.uk/practice-areas/public-procurement>). Si veda anche D. SPENCER (ed. by), *Australia essential dispute resolution*, Sydney, Cavendish, 2005, in part. p. 94 ss.

<sup>194</sup> *Amplius*, ADMINISTRATIVE REVIEW COUNCIL, *Judicial Review in Australia*, April 2011, *passim*.

*materiae*, non è prevista da alcun atto normativo relativo alle infrastrutture (essa è espressamente prevista, ad esempio, in materia di immigrazione e fisco).

I poteri delle corti variano dall'emissione di un ordine di adempimento nei confronti dell'amministrazione (*mandamus*), al divieto di procedere (*prohibition*), all'annullamento di atti e provvedimenti (*certiorari*). In aggiunta, ogni tribunale può formulare un ordine cautelare a contenuto non tipizzato (*injunction*) e ha poteri dichiarativi (*declaration*). L'oggetto dell'impugnativa può essere un atto preparatorio, un provvedimento amministrativo e finanche una condotta omissiva che reca un pregiudizio<sup>195</sup>. Il ricorso deve essere notificato alla corte (*Court Registrar*) entro 28 giorni dalla data di emissione del provvedimento<sup>196</sup>. La *Federal Court* adotta le decisioni di *judicial review* in, mediamente, 12 mesi per causa<sup>197</sup>.

Il risarcimento del danno, nel settore in esame, è generalmente concesso dalle corti in caso di “*misleading conduct*” da parte dell'amministrazione<sup>198</sup>. Il confine che separa l'attività di diritto pubblico da quella di diritto privato è, nel caso di una procedura di gara, estremamente sottile: l'amministrazione, infatti, è tenuta a rispettare le obbligazioni scaturenti dal “*process contract*”, un accordo tacito che la lega agli offerenti durante il procedimento di aggiudicazione, e un generale principio di “*fairness*”. Vi sono, in aggiunta alle forme di risarcimento giudiziale, tre sistemi con cui possono essere concesse “compensazioni” monetarie in caso di pregiudizio arrecato da una condotta illegittima dell'amministrazione: le compensazioni causate da inefficienza amministrativa (*CDDA – Compensation for Detriment caused by Defective Administration*) ed erogate dall'amministrazione sulla base di un'istanza da parte del privato, che trovano fonte nell'art. 61 della costituzione; le compensazioni “*ex gratia*”, concesse discrezionalmente dal governo sulla base della stessa norma costituzionale; le compensazioni da “atto di grazia”, discrezionalmente concesse dal ministro delle finanze sulla base del *Financial Management and Accountability Act* del 1997<sup>199</sup>.

Alle modalità di risoluzione alternativa delle controversie nel settore infrastrutturale australiano si fa ricorso sempre più di frequente<sup>200</sup>. Gli strumenti di risoluzione sono generalmente previsti all'interno del contratto (*deed*) di concessione. Possono includere il ricorso all'arbitrato oppure ad un *DRB – Dispute*

<sup>195</sup> Si veda, a tal proposito, l'art. 3.4 dell'*Administrative Decisions Act 1997*.

<sup>196</sup> Art. 11.3 dell'*Administrative Decisions Act 1997*.

<sup>197</sup> Cfr. AUSTRALIAN GOVERNMENT – PRODUCTIVITY COMMISSION, *Access to Justice Arrangements*, April 2014, p. 18.

<sup>198</sup> Si vedano in proposito i casi *Hughes Aircraft Systems International v Airservices Australia* (1997) e *JS McMillan Pty Ltd v Commonwealth* (1997), nonché, più di recente, i casi *Roads and Maritime Services v Devine Marine Group Pty Ltd* (2013) e *Wagdy Hanna and Associates Pty Ltd v National Library of Australia* (2012).

<sup>199</sup> ADMINISTRATIVE REVIEW COUNCIL, *Judicial Review in Australia*, April 2011, p. 33 ss.

<sup>200</sup> P. GERBER, B. ONG, *DAPS: When will Australia jump on board?*, in *BCL*, n. 4, 2011, pp. 4-29.

*Resolution Board*, la cui costituzione è stata proposta per la prima volta negli anni Settanta negli Stati Uniti<sup>201</sup> e recepita negli anni Novanta dalla Banca mondiale e dalla Banca asiatica di sviluppo. Il *DRB* è composto da tre esperti, due dei quali scelti congiuntamente dalle parti. In una fase successiva i due membri, di cui uno opera in funzione di *chair* ed è generalmente un avvocato australiano, scelgono il terzo e attendono una decisione di gradimento delle parti sulla nomina. Il *board* formula raccomandazioni di solito non vincolanti, salvo espressa previsione nel contratto, che, se non accettate dalle parti, costituiscono specifico elemento di valutazione in sede processuale<sup>202</sup>. I costi del *DRB* sono generalmente sopportati in egual misura dalle parti coinvolte. I suoi componenti ricevono periodici *report* sullo stato di avanzamento dei lavori e possono condurre visite *on site*. Sottoscrivono, all'atto della nomina, una dichiarazione di *fairness (Three-Party Agreement)* e di assenza di conflitto di interessi rispetto agli altri componenti del *board* e alle parti.

Dal momento in cui le parti sottopongono la lite al *DRB* mediante una “*formal notice*” esso ha 84 giorni per l'istruttoria e, se ritenuto opportuno, per le audizioni formali e informali. Entro 28 giorni dalla decisione, notificata alle parti, una di esse può rendere nota la propria insoddisfazione mediante una “*notice of dissatisfaction*”, cui segue, almeno 56 giorni dopo, l'obbligo di compromettere la controversia in arbitri. Salvo che non sia convenuto diversamente, decorso il termine di 28 giorni dalla decisione formale del *board*, questa diviene a tutti gli effetti vincolante<sup>203</sup>. Rispetto all'efficacia dello strumento in senso assoluto, può osservarsi come i *DRB* siano funzione dell'impegno delle parti: essi sono, infatti “*a creature of contract: they are the product of the parties' commitment to avoiding disputes during the course of the project in an effort to ensure that the project is completed with no outstanding disputes*”<sup>204</sup>.

<sup>201</sup> Cfr. LAW COUNCIL OF AUSTRALIA, *The use of Dispute Resolution Boards and their expansion beyond construction matters*, 2012, p. 2 ss.: “*In Australia and worldwide, DRBs have been shown to be remarkably successful in dispute avoidance in complex construction and infrastructure projects. For example, as at the end of July 2012, there are some 31 infrastructure projects in Australia currently on-going, or recently completed, with DRBs, ranging in value from \$75m–\$1.8bn. In the 23 years since DRBs were introduced into Australia, all disputes on projects with DRBs have been able to be resolved within the DRB process, and very few disputes were formally referred to a DRB.*”.

<sup>202</sup> DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION, *Dispute Resolution Boards*, 2011, p. 2 ss.

<sup>203</sup> Ulteriori informazioni sui “*dispute avoidance processes*” (*DAPS*) sono disponibili su <http://www.daps.org.au>, il sito di un'organizzazione *non profit* impegnata nella promozione della conciliazione nel settore delle infrastrutture. Secondo sue stime: “*Notwithstanding these more rigid protocols, the DAB approach has been experiencing great success. It has recently been found that for every 100 construction projects that have used a DAB, 90% of issues are resolved at project level without requiring a formal hearing, and of the 10% of disputes referred to the DAB, only 1% of DAB decisions have been referred for further arbitral determination. Thus, DABs have a 99% success rate in ensuring that the project is completed with no outstanding disputes.*”.

<sup>204</sup> Sul punto, P. GERBER, B. ONG, *DAPS: When will Australia jump on board?*, in *BCL*, n. 4, 2011, p. 29.

Una versione meno raffinata, ma più flessibile, del *DRB* è il *dispute resolution panel*, composto da uno o più esponenti del governo e da uno o più membri designati dal contraente privato che, in casi prestabiliti nel contratto, devono decidere in tempi più brevi (*fast track process*) rispetto al *dispute resolution board*. Nel caso in cui la decisione non sia ritenuta soddisfacente anche da una sola parte, è possibile rivolgersi ad un esperto indipendente, nominato dalle parti o dal segretario generale della camera arbitrale australiana, o ad un collegio arbitrale<sup>205</sup>. L'insorgere di una disputa, in ogni caso, non costituisce mai causa giustificata di inadempimento parziale o totale<sup>206</sup>.

## 8. Conclusioni: i *driver* del sistema

Esaurito lo studio del sistema delle concessioni autostradali australiane, pare opportuno evidenziare i principali *driver* che lo caratterizzano.

Innanzitutto, il modo con cui le competenze in materia di selezione delle infrastrutture autostradali sono ripartite tra ordinamento federale e statali ha un impatto decisivo sulle modalità di finanziamento e realizzazione. Il sistema di *governance* vede l'accompagnamento degli attori istituzionali da parte di quelli privati, in un rapporto di compresenza e reciproco rafforzamento. L'apporto della finanza privata al sistema delle infrastrutture autostradali australiano conferma lo "stato di salute" del sistema, nonostante la perdurante sofferenza del mercato obbligazionario. Oggi, i finanziatori principali sono individuati nelle banche, australiane o internazionali, e negli investitori istituzionali. Va tenuto presente, tuttavia, che i profili di rischio per gli investitori sono in crescita, principalmente a causa del breve orizzonte temporale in cui è possibile avvalersi del debito e della conseguente necessità di *equity*.

L'individuazione delle opere da realizzare, poi, è funzionale a stabilire l'ammontare dei fondi federali da destinare al finanziamento dei progetti o da

---

<sup>205</sup> AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines. Volume 7: Commercial Principles for Economic Infrastructure*, 2011, p. 94: "Matters of a technical or financial nature (including disputes over compensation amounts) will generally be referred to an independent expert for resolution. However, arbitration may be the appropriate course in other circumstances. The project agreement may specify what matters will be referable to the independent expert in the first instance."

<sup>206</sup> AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines. Volume 7: Commercial Principles for Economic Infrastructure*, 2011, p. 95 ss.

trasferire agli Stati affinché vi provvedano, nonché all'applicazione di importanti incentivi fiscali. L'individuazione è rimessa ad una decisione ministeriale discrezionale, supportata dalla redazione di una *national priority list* la cui cura è affidata all'agenzia federale delle infrastrutture.

Le modalità di affidamento principali sono forgiate sul modello delle *partnership* pubblico-private tradizionali, il quale costituisce la modalità ordinaria di affidamento e realizzazione dei più importanti progetti realizzati sul territorio. I governi sub-federali vi ricorrono con una frequenza sempre crescente. Le procedure di affidamento appaiono relativamente rapide. A ciò si aggiunga che la struttura flessibile e dinamica delle concessioni risponde a precise esigenze tecnico-economiche. Il rischio, per precisa volontà degli attori istituzionali, è tendenzialmente scaricato interamente sul concessionario. A seconda del "modello" di concessione prescelto, le decisioni strategiche degli operatori relative agli investimenti risulteranno modificate, così come la propensione delle autorità politiche ad adattare nel tempo la disciplina fiscale alle esigenze della finanza pubblica.

Le modalità con cui concedente e concessionario regolano il loro rapporto vanno necessariamente esaminate caso per caso, tenendo in considerazione tanto le linee guida federali quanto il contenuto delle convenzioni (*concession deed*), variamente plasmato su base consensuale. Il rapporto tra regole e capacità di negoziare, nonché il loro bilanciamento, è elemento essenziale per indagare come siano ripartiti, di volta in volta, diritti, obblighi e rischi. Tale flessibilità non è sinonimo di lassismo da parte del committente pubblico o di sua "cattura": questi, infatti, si riserva sempre l'utilizzo di poteri pubblicistici che attengono tanto alla responsabilità del *contractor* e ai rischi che questi assume, quanto il risarcimento dei danni e le forme di ristoro (*financial relief*).

Sul versante della *litigation*, infine, il modello di risoluzione delle controversie australiano è monista. Sul versante della *dispute resolution*, esso fa ampio uso di metodi di ADR. L'efficienza del sistema risiede nella sua celerità e nella possibilità che i contraenti selezionino i metodi di ADR più confacenti alle loro esigenze e ne disciplinino l'attività all'interno della convenzione.

Per quanto concerne il *design* della "concessione", ossia, in particolare, l'oggetto delle obbligazioni, le modalità di pagamento e di trasferimento del rischio al concessionario<sup>207</sup>, uno studio commissionato dal Dipartimento delle infrastrutture

---

<sup>207</sup> Cfr. S. ROSE, Valuation of Interacting Real Options in a Toll road Infrastructure Project, in *The Quarterly Review of Economics and Finance*, vol. 38, special edition, 1998, pp. 711-725; nonché M. KERF ET AL., *Concessions for infrastructure. A guide to their design and award*, Washington D.C., World Bank Technical Papers, n. 339, 1998.



e dello sviluppo regionale australiano evidenzia che i committenti pubblici australiani, siano essi il governo federale o quelli statali, optino quasi sempre per il pieno trasferimento del rischio legato al volume del traffico (e all'ammontare dei pedaggi) ai concessionari<sup>208</sup>. L'ammontare dell'offerta avanzata in sede di gara dipende dalla sua prevista idoneità a coprire i costi che saranno sostenuti e, parallelamente, dalla generazione di un ritorno sul capitale entro il termine della concessione (come già anticipato nel paragrafo precedente, in media 20-35 anni, su una base non fissa ma stabilita *ex ante* in fase di negoziazione). Di conseguenza, l'ammontare dell'offerta si basa in larga misura sul volume del traffico e sui pedaggi secondo il modello della “*stand-alone fixed-term concession*”. La “concessione a termine fisso” è contraddistinta, pertanto, da una ripartizione del rischio tra concedente e concessionario del tutto sbilanciata sul secondo, da un termine prefissato di durata commisurato alla previsione sui tempi di rientro dall'investimento e difficilmente rinegoziabile.

Si affiancano a questo tipo classico, integrandolo e perfezionandone le caratteristiche fondamentali, quattro soluzioni differenti, adottate sia in Australia, sia in altri Paesi<sup>209</sup>.

La prima, utilizzata per la realizzazione del *Peninsula Link* nello Stato di Victoria<sup>210</sup>, si connota per meccanismi di pagamento di tipo “*availability-based*”. In questo caso, il concessionario non incassa le entrate derivanti dai pedaggi, bensì da pagamenti regolari da parte del concedente, non si accolla il rischio legato al traffico ma solamente quello legato alla disponibilità dell'infrastruttura (il concedente pubblico potrà trattenere somme di denaro in base, ad esempio, alla chiusura di tratte dell'arteria autostradale o di ingorghi regolari durante i periodi di punta)<sup>211</sup>. L'opzione ben si presta, evidentemente, a regolare rapporti tra concedente e concessionario in caso di “*freeway*”, ossia di autostrada non a pedaggio.

La seconda soluzione è di tipo “*pass-through tolls*”. In questo caso, il concessionario incassa i pedaggi e trasferisce il loro ammontare al concedente che, in seconda battuta, erogherà al concessionario somme di denaro a titolo di

<sup>208</sup> J. VASSALLO, Traffic Risk Mitigation in Highway Concession Projects, in *Journal of Transport Economics and Policy*, vol. 40, n. 3, 2006, pp.359-381, cit. in RBCONSULTING, OXERA, *Disincentivising overbidding for toll roads concessions*, April 2012, p. 22.

<sup>209</sup> Per citarne solo alcuni, Regno Unito, Germania, Portogallo, Cile, Spagna, Colombia, Canada, Malesia, Egitto, Russia, Austria, Romania e Stati Uniti.

<sup>210</sup> Si tratta del c.d. Frankton Bypass, un'autostrada non a pedaggio che collega la penisola di Mornigton al reticolo stradale della periferia di Melbourne, aperta nel 2013 e lunga complessivamente 27 km.

<sup>211</sup> Si tratta di una soluzione utilizzata in modo crescente dalla UK Highways Agency ed utilizzata in altri Paesi europei ed extraeuropei, prevalentemente, per progetti brownfield. Sul punto, RBCONSULTING, OXERA, *Disincentivising overbidding for toll roads concessions*, April 2012, in part. p. 24; M.J. GARVIN ET AL., *Valuing Flexibility in Private Toll Road Development: Analysis of the Dulles Greenway*, in *The Journal of Structured and Project Finance*, n. 8, 2002, pp. 25-36; nonché T. IRWIN, *Government Guarantees: Allocating and Valuing Risk in Privately Financed Infrastructure Projects*, The World Bank, 2007, p. 213 ss.

compensazione per l'investimento sostenuto. Tali somme sono commisurate, ad esempio, alla disponibilità dell'infrastruttura nel corso dell'anno e al suo stato di conservazione e manutenzione<sup>212</sup>, oggetto di puntuali verifiche.

La terza soluzione è una variante del modello tradizionale, definita “*flexible-term concession*”, e viene utilizzata in Australia con crescente frequenza: i committenti pubblici concedono il diritto ad incassare i pedaggi e a ricevere eventuali somme a titolo di compensazione per gli investimenti. Tre le tecniche principali di “variabilità” del termine del rapporto, generalmente combinabili tra loro: la concessione decade nel momento in cui i flussi di cassa ripagano l'investimento iniziale oppure nel momento in cui i flussi di cassa raggiungono un ammontare preventivamente fissato oppure, infine, nel momento in cui è raggiunto un determinato volume di traffico di veicoli<sup>213</sup>.

Infine, la quarta (“*construct-then-concession*”), utilizzata dal governo del Queensland per la realizzazione della *Logan Motorway* e per l'ammodernamento del *Gateway Bridge*<sup>214</sup>, parte da uno stringente presupposto, osservabile empiricamente: poiché la valutazione del rischio legato al traffico nei primi anni di vita dell'infrastruttura incorre sistematicamente in errori<sup>215</sup>, il concedente può ritenere più efficiente affidare la costruzione dell'opera con strumenti di tradizionale *procurement*, scontare il rischio e gli eventuali errori della sottostima e, solo successivamente, affidare la gestione dell'opera in *leasing*. Una variante del modello di “*construct-then-concession*” consiste nell'affidare in regime di concessione un'opera di nuova realizzazione, legata strutturalmente ad una già esistente e funzionante (ad esempio, una nuova carreggiata di un ponte a pedaggio). Gli incroci, in termini di flussi di cassa, che si possono generare da questo modello, ossia le coperture degli investimenti poco profittevoli nel breve periodo con quelli che producono ritorni più consistenti, sono ritenuti particolarmente profittevoli<sup>216</sup>.

I rapporti tra concedente e concessionario devono svolgersi, in ogni caso, nel rispetto di norme tangenti a quelle relative alle infrastrutture che integrano automaticamente l'atto. Si tratta, in particolare, del *National Code of Practice for*

<sup>212</sup> Cfr. RBCONSULTING, OXERA, *Disincentivising overbidding for toll roads concessions*, April 2012, in part. p. 27.

<sup>213</sup> A tale modello si sono allineati il Regno Unito, il Portogallo, la Spagna, la Colombia e il Cile, ed il suo utilizzo è crescente. RBCONSULTING, OXERA, *Disincentivising overbidding for toll roads concessions*, April 2012, pp. 29-30.

<sup>214</sup> Cfr. RBCONSULTING, OXERA, *Disincentivising overbidding for toll roads concessions*, April 2012, pp. 32, nota 100.

<sup>215</sup> Si veda, in particolare, J. BLACK, *Traffic risk in the Australian toll road sector*, in *Public infrastructure bulletin*, n. 9, 2014, p. 1: “Performance is poor (on average, traffic is over-estimated by 100 per cent) when benchmarked against international experience in road traffic forecasting”.

<sup>216</sup> Cfr. “Bundle new construction with an existing asset”, in RBCONSULTING, OXERA, *Disincentivising overbidding for toll roads concessions*, April 2012, p. 33 ss.

*the Construction Industry*, che si applica a tutti i progetti finanziati dal governo federale per importi pari o superiori a 5 milioni di dollari che rappresentino almeno il 50% del valore dell'opera e a quelli finanziati per importi pari o superiori ai 10 milioni a prescindere dalla proporzione rispetto ad altri finanziamenti, privati o pubblici; dello *Australian Government Building and Construction Occupational Health and Safety Accreditation Scheme*, che contiene regole relative alla salute e alla sicurezza e che si applica seguendo le stesse soglie appena elencate per accreditare preventivamente gli operatori che realizzano i lavori rispetto a *standard* prefissati; allo *Environment Protection and Biodiversity Conservation Act* del 1999, alle leggi speciali che proteggono i nativi aborigeni e alle pianificazioni urbanistico-territoriali delle autorità sub-statali<sup>217</sup>.

Pare opportuno, infine, svolgere alcune considerazioni sul versante della tassazione: a seconda del modello di concessione prescelto, infatti, le decisioni strategiche degli operatori relative agli investimenti risulteranno modificate, così come la propensione delle autorità politiche ad adattare nel tempo la disciplina fiscale alle esigenze della finanza.

Sin dalla riforma del diritto tributario australiano del 1998 (*Ralph Review of Business Taxation*), la tassazione del reddito avviene ad un triplice livello: federale, statale e sub-statale<sup>218</sup>. Gli stranieri residenti all'estero sono soggetti ad una tassa sui redditi da capitale ("*CGT – Capital Gain Tax*") pari al 30% dell'*exit gain* solo se in possesso di *asset* legati alle infrastrutture (ma anche a titoli o a *trust*) presenti sul territorio nazionale e parte della "*taxable Australian property*". Uno straniero residente, pertanto, sarà soggetto a tale forma di tassazione nel caso in cui sia intestatario di beni immobili sul territorio australiano (*real property*) oppure possieda almeno il 10% azioni di una società che, a sua volta, possiede beni sul territorio australiano (*indirect real property*) e ricava almeno il 50% del suo valore di mercato da tali beni<sup>219</sup>.

Di norma, gli interessi sul debito pagati per il finanziamento di infrastrutture sono deducibili. Le norme australiane che regolano la capitalizzazione sottile<sup>220</sup>,

<sup>217</sup> Una più ampia descrizione è contenuta nel documento *Notes on Administration for the Nation Building Program*, July 2009, in part. p. 17 ss., che accompagna la legge sulle infrastrutture del 2009.

<sup>218</sup> AUSTRALIAN GOVERNMENT – INFRASTRUCTURE AUSTRALIA, *National Public Private Partnership Guidelines. Practitioner's Guide*, March 2011, in part. p. 41.

<sup>219</sup> PRICEWATERHOUSECOOPERS, *Infrastructure Investing – Global Trends and Tax Considerations*, March 2011, in part. p. 5 ss.

<sup>220</sup> Come è noto, la "thin capitalization" consente, entro determinati limiti (si veda, a proposito dell'ordinamento italiano, l'art. 98 del testo unico delle imposte sui redditi), di sottocapitalizzare una società rispetto alle attività esercitate e di finanziarle a debito mediante l'afflusso di capitali da parte di soci qualificati. Il vantaggio principale di tale operazione consiste nella deducibilità fiscale degli interessi passivi corrisposti ai soci e nel non aumento dell'imposta che si applica agli interessi attivi percepiti dai soci qualificati.

tuttavia, non consentono la deducibilità nel caso in cui il livello del debito ecceda il 75% del valore degli *assets*, al netto del loro deprezzamento (*book assets*). Considerato che tale limite può essere innalzato nel caso in cui la società sia un veicolo (*SPV – Special Purpose Vehicle*, società o fondo di investimento), generalmente finanziato a debito, gli investimenti nel settore delle infrastrutture hanno registrato un *trend* favorevole all'utilizzo di questo strumento<sup>221</sup> o di una combinazione di società e *trust*. Tale circostanza è da imputarsi al fatto che solo i “*trading trust*”, a forte caratura speculativa (ma non redditizi nel caso di investimenti fisici su terreni, macchinari, edifici) non sono soggetti a regimi di tassazione sul reddito particolari. Nel caso di una società o di un *public trading trust* (un *trust* in cui almeno un investitore è quotato in borsa, raccoglie investimento dal pubblico, è attribuibile a non meno di cinquanta persone) la tassazione è al 30%.

Le c.d. “*stapled structures*”, ampiamente utilizzate in Australia nel caso delle concessioni autostradali di strade a pedaggio, prevedono, come si accennava, una presenza strategica di società e fondo di investimento e sfruttano i vantaggi fiscali cui si è fatto riferimento: al fondo viene solitamente attribuita la proprietà dell'infrastruttura e alla società, che ne incassa i proventi, è affidata la gestione dell'opera. L'utilizzo di fondi comuni di investimento aperti (*MITs – Managed Investment Trusts*)<sup>222</sup>, soggetti ad una tassazione dei proventi del 7,5%, se questi sono realizzati dopo il 1° giugno 2010 e se il governo australiano ha sottoscritto con lo Stato in cui sono distribuiti un apposito accordo sullo scambio di informazioni (*EEI – Effective Exchange of Information*), è privilegiato dagli operatori di settore.

---

<sup>221</sup> Cfr. PRICEWATERHOUSECOOPERS, *Infrastructure Investing – Global Trends and Tax Considerations*, March 2011, in part. p. 6.

<sup>222</sup> I requisiti per la costituzione di un fondo simile sono elencati all'interno del Corporations Act australiano del 2001, section 9. In estrema sintesi, questi attengono alla residenza del gestore (in Australia), alla prevalenza di attività non-trading, all'apertura al pubblico, alla necessità che le attività vengano rivolte ad investimenti sul territorio australiano. Per un approfondimento, si veda HERBERT-SMITT-FREEHILLS, *Real Estate Investment in Australia. What Is a Managed Investment Fund?*, October 2012, in part. p. 6 ss.

## Executive Summary

1. Il modo con cui le competenze in materia di selezione delle infrastrutture autostradali sono ripartite tra ordinamento federale e statali ha un impatto decisivo sulle modalità di finanziamento e realizzazione. Il sistema di governance vede l'accompagnamento degli attori istituzionali da parte di quelli privati, in un rapporto di compresenza e reciproco rafforzamento.

In base alla costituzione australiana del 1900, la clausola di residualità della competenza legislativa dei singoli parlamenti statali prevede, implicitamente, che il finanziamento delle infrastrutture stradali e autostradali competa esclusivamente agli Stati e ai Territori. Questi, attualmente, curano le fasi "amministrate" relative alla realizzazione delle opere, dalla procedura di affidamento dei lavori sino alla regolazione del rapporto contrattuale. Tuttavia, il governo federale può appaltare lavori direttamente in caso di infrastrutture di rilevanza nazionale e trasferire fondi per la costruzione e la manutenzione delle strade ed autostrade ai livelli di governo sub-federali. Può farlo, in particolare, per la realizzazione di quelle arterie che interessano il trasporto di persone e merci in più di uno Stato o Territorio incluse nel *National Land Transport Network*, una lista di infrastrutture stradali, autostradali, urbane e non urbane, nonché ferroviarie, di interesse nazionale. La lista, contenuta dal 2004 al 2009 nello *AusLink Act*, è attualmente inserita nel *Nation Building Program Act 2009*. Diversamente da quella approntata dall'agenzia federale, è fissa a meno di emendamenti legislativi. Il Dipartimento federale delle infrastrutture e dello sviluppo regionale gestisce i programmi di finanziamento e coordina le attività delle omologhe strutture substatali.

I privati e la finanza sono attori fondamentali per la realizzazione delle opere in Australia. Tuttavia, il sistema di *governance* del settore rende spesso elevati i costi di transazione e di "bargaining" tra i due principali livelli di governo interessati, quello federale e quello degli Stati e dei Territori. A ciò si aggiunge una non chiara definizione delle infrastrutture stradali di "interesse nazionale", la cui identificazione è rimessa in parte ad atti legislativi del Parlamento australiano, in parte ad atti politici in senso stretto. Non a caso, l'istituzione di *Infrastructure Australia*, l'agenzia federale delle infrastrutture i cui commissari devono provenire in maggioranza dal settore privato, è stata ispirata dalla necessità di accentrare la funzione di indirizzo e coordinamento nell'approntamento delle priorità strategiche e nella promozione delle sinergie pubblico-private.

L'apporto della finanza privata al sistema delle infrastrutture autostradali australiano conferma lo "stato di salute" del sistema, nonostante la perdurante

sofferenza del mercato obbligazionario. Oggi, i finanziatori principali sono individuati nelle banche, australiane o internazionali, e negli investitori istituzionali. Va tenuto presente, tuttavia, che i profili di rischio per gli investitori sono in crescita, principalmente a causa del breve orizzonte temporale in cui è possibile avvalersi del debito e della conseguente necessità di equity.

Il mercato australiano dei *project bond* è sostanzialmente chiuso dal 2007 a causa della crisi finanziaria. Nel breve periodo, si stima che la contrazione del mercato dei *project bond*, che aveva quale caratteristica fondamentale la capacità di minimizzare il costo del debito contratto per finanziare la realizzazione delle opere, continuerà.

Le *partnership* pubblico-private per la realizzazione di infrastrutture, dal 2007, sono state finanziate quasi esclusivamente da prestiti bancari a breve scadenza (1-5 anni), caratterizzati dal rifinanziamento crescente del rischio. Dal 2008, tuttavia, per nessun progetto di ampia portata finalizzato alla creazione *ex novo* di infrastrutture (c.d. *greenfield projects*), ad esclusione dell'*AirportLink* di Brisbane, è stato chiesto un finanziamento di considerevoli volume e durata al sistema bancario, composto all'incirca da 20-30 operatori.

La capacità di finanziamento del sistema bancario è stimata, al 2014, in 4 miliardi di dollari per progetto di tipo *greenfield*, mentre quella pre-crisi era stimata in circa 8,5 miliardi di dollari per progetto.

I fondi pensione australiani, in particolare, investono sulla realizzazione di infrastrutture nazionali o estere una elevata quota di capitale proprio, una delle più alte a livello globale: a linee di credito aggiuntive di 10 miliardi di dollari per progetti *greenfield* di breve durata, si sommano 8 miliardi di investimenti che rifinanziano i progetti previsti per il quadriennio 2014-2018.

Occorre infine sottolineare che il grado di *leverage*, ossia l'ammontare di *equity* utilizzato dall'operatore "medio" nel mercato delle infrastrutture australiano, è in costante crescita: il *gearing ratio*, cui si lega un più considerevole rischio, è di conseguenza elevato. In altri termini, il rischio finanziario associato a prestiti a breve scadenza determina un utilizzo massiccio di fondi propri da parte dei privati e i meccanismi tampone prescelti dai committenti pubblici (quali, ad esempio, il rifinanziamento dei margini o il tasso di interesse fisso per un certo periodo di tempo) appaiono non sempre sufficienti a garantire, da un lato, stabilità e prevedibilità alle leve finanziarie da adoperare e, dall'altro, profittevoli ritorni sul capitale investito. Se è vero che il mercato australiano delle infrastrutture è florido, è altrettanto vero che i profili di rischio associati alle operazioni sono certamente in crescita.

**2. L'individuazione delle opere da realizzare è funzionale a stabilire l'ammontare dei fondi federali da destinare al finanziamento dei progetti o da trasferire agli Stati affinché vi provvedano, nonché all'applicazione di importanti incentivi fiscali.** L'individuazione è rimessa ad una decisione ministeriale discrezionale, supportata dalla redazione di una national priority list la cui cura è affidata all'agenzia federale delle infrastrutture.

Con il *Nation Building Program Act* del 2009, che ha interamente sostituito il *National Land Transport Act* del 2004, sono stati affidati al Ministro delle infrastrutture, tra gli altri, i poteri di individuazione della rete stradale e autostradale di livello nazionale finanziabile attraverso fondi federali. La legge elenca i criteri con cui il Ministro può individuare il *National Land Transport Network* e i requisiti fisici che le opere incluse devono necessariamente possedere (art. 5). La legge del 2009 riguarda esclusivamente quelle opere infrastrutturali (stradali o ferroviarie) finanziate, in tutto o in parte, con fondi federali. Il Ministro approva i *National Building Program National Projects* (art. 9): si tratta dei progetti di costruzione o manutenzione di infrastrutture di trasporto che rientrano nella rete nazionale e che, eventualmente, sono compresi nel piano nazionale di trasporto (*National Land Transport Plan*) o nella *Corridor Strategy*, che aumentano, in base ad una decisione del Ministro, l'efficienza e la sicurezza della rete, che comportano benefici di natura economica o ambientale, che possono essere finanziati da soggetti diversi dal governo federale (art. 11).

La proposta dei progetti da finanziare segue modalità stabilite liberamente dal Ministro:

Il *Nation Building Program Act* contiene, altresì, specifiche disposizioni di natura finanziaria che vincolano l'utilizzo dei fondi federali e prevedono strumenti di *auditing*.

L'individuazione delle opere infrastrutturali da realizzare sul territorio australiano, siano esse autostradali o meno, prevede una fase di pre-selezione, utile ad orientare le decisioni disciplinate dalla legge sulle infrastrutture del 2009, cui concorrono i governi degli Stati, dei Territori e il governo federale. Dal 2008, *Infrastructure Australia* aggiorna annualmente una *National Priority List*. La lista è allegata al *National Infrastructure Plan*, pubblicato entro il mese di giugno di ogni anno e illustrato dal governo federale (*Federal Executive Council*) al *COAG – Council of Australian Governments*. A partire da questa lista, il governo federale australiano seleziona discrezionalmente i progetti migliori. I progetti proposti sono suddivisi dall'agenzia in quattro categorie ma solo se “*nationally significant*”, ossia

con un *budget* previsto superiore o pari a 100 milioni di dollari o a rilevante impatto socio-economico

Alcuni progetti inclusi nella lista di priorità nazionali, di norma i soli “*Ready to Proceed*”, possono ricevere lo *status* di “*DIP – Designated Infrastructure Projects*”. Si tratta di quelli che prevedono una parte consistente di finanziamenti privati, la cui realizzazione non sia ancora cominciata e che sono finalizzati alla realizzazione di opere per una vasta utenza. *Infrastructure Australia*, sulla base di quanto disposto dal *Tax Assessment Act 1997*, può concedere lo *status* discrezionalmente e nei limiti di risorse disponibili per il biennio fiscale considerato (25 miliardi di dollari nel 2012-2013). I privati che finanzieranno il progetto di tipo “*DIP*” potranno ottenere dalla stessa agenzia il c.d. “*Tax Loss Incentive*”, un incentivo fiscale che consente notevoli benefici in termini di riporto delle perdite fiscali per un periodo di 10 anni, di deducibilità delle stesse e dei debiti insoluti, nonché di decorrenza posticipata degli obblighi fiscali.

3. Le modalità di affidamento principali sono forgiate sul modello delle ***partnership pubblico-private, il quale costituisce la modalità ordinaria di affidamento e realizzazione dei più importanti progetti sul territorio australiano. I governi sub-federali vi ricorrono con una frequenza sempre crescente.*** Le procedure di affidamento appaiono relativamente rapide.

L'affidamento dei lavori relativi ad una infrastruttura autostradale segue, generalmente, sette fasi e presuppone una procedura ristretta ed un momento di negoziazione fortemente strutturato. Le fasi comprendono la definizione del progetto e la realizzazione di studi di fattibilità, la richiesta aperta di manifestazioni di interesse, la valutazione delle manifestazioni e la costituzione di una *shortlist* di operatori (almeno tre), la gara, la valutazione delle offerte, la negoziazione con l'operatore selezionato, la definizione del contratto e il *closing*.

Le distinte fasi del procedimento di aggiudicazione sono subordinate ad una decisione di assenso da parte del governo, richiesta in momenti differenti a seconda dello Stato coinvolto. In molti Stati e Territori l'assenso politico deve essere formulato prima della fase di raccolta delle manifestazioni di interesse e prima dell'indizione della gara. Tutti gli Stati, inoltre, prevedono una decisione del *cabinet* durante la fase preliminare e prima dell'esecuzione del contratto. Il governo, sia esso federale o sub-federale, deve sempre approvare espressamente cambiamenti significati del progetto, anche in corso d'opera, modifiche dell'allocazione del rischio e del *budget*, nonché ogni altra “*issues relating to the public interest*” e condurre verifiche di qualità in ogni fase (*Gateway Reviews*).



Secondo uno studio commissionato dalle Nazioni Unite, le fasi che vanno dall'ottenimento delle autorizzazioni ambientali per la realizzazione dell'opera all'incremento dei volumi di traffico, utile per registrare i primi ritorni sull'investimento, coprono un lasso temporale di circa 7-8 anni. L'agenzia australiana delle infrastrutture indica in un minimo di 3 mesi la durata della fase di *project development*, in 12-18 mesi quella della gara e dell'affidamento, in 1-5 anni quella della costruzione, in almeno 25 anni quella della gestione e della manutenzione e in 6-12 mesi quella dell'*handover*, con "riconsegna" dell'infrastruttura al committente.

**4. La struttura flessibile e dinamica delle concessioni risponde a precise esigenze tecnico-economiche. Il rischio, per precisa volontà degli attori istituzionali, è tendenzialmente scaricato interamente sul concessionario.**

La "*stand-alone fixed-term concession*", il modello tradizionale con termine fissato a 25-35 anni, è contraddistinta da una ripartizione del rischio tra concedente e concessionario del tutto sbilanciata sul secondo, da un termine prefissato di durata commisurato alla previsione sui tempi di rientro dall'investimento e difficilmente rinegoziabile.

Si affiancano a questo tipo classico, integrandolo e perfezionandone le caratteristiche fondamentali, quattro soluzioni differenti.

La prima si connota per meccanismi di pagamento di tipo "*availability-based*". In questo caso, il concessionario non incassa le entrate derivanti dai pedaggi, bensì da pagamenti regolari da parte del concedente, non si accolla il rischio legato al traffico ma solamente quello legato alla disponibilità dell'infrastruttura (il concedente pubblico potrà trattenere somme di denaro in base, ad esempio, alla chiusura di tratte dell'arteria autostradale o di ingorghi regolari durante i periodi di punta).

La seconda soluzione è di tipo "*pass-through tolls*". In questo caso, il concessionario incassa i pedaggi e trasferisce il loro ammontare al concedente che, in seconda battuta, erogherà al concessionario somme di denaro a titolo di compensazione per l'investimento sostenuto. Tali somme sono commisurate, ad esempio, alla disponibilità dell'infrastruttura nel corso dell'anno e al suo stato di conservazione e manutenzione, oggetto di puntuali verifiche.

La terza soluzione è una variante del modello tradizionale, definita "*flexible-term concession*", e viene utilizzata con crescente frequenza: i committenti pubblici concedono il diritto ad incassare i pedaggi e a ricevere eventuali somme a titolo di compensazione per gli investimenti. Tre le tecniche principali di "variabilità" del

termine del rapporto, generalmente combinabili tra loro: la concessione decade nel momento in cui i flussi di cassa ripagano l'investimento iniziale oppure nel momento in cui i flussi di cassa raggiungono un ammontare preventivamente fissato oppure, infine, nel momento in cui è raggiunto un determinato volume di traffico di veicoli.

Infine, la quarta (*“construct-then-concession”*) parte da uno stringente presupposto: poiché la valutazione del rischio legato al traffico nei primi anni di vita dell'infrastruttura incorre sistematicamente in errori, il concedente può ritenere più efficiente affidare la costruzione dell'opera con strumenti di tradizionale *procurement*, scontare il rischio e gli eventuali errori della sottostima e, solo successivamente, affidare la gestione dell'opera in *leasing*. Una variante di questo modello consiste nell'affidare in regime di concessione un'opera di nuova realizzazione, legata strutturalmente ad una già esistente e funzionante (ad esempio, una nuova carreggiata di un ponte a pedaggio). Gli incroci, in termini di flussi di cassa, che si possono generare da questo modello, ossia le coperture degli investimenti poco profittevoli nel breve periodo con quelli che producono ritorni più consistenti, sono ritenuti particolarmente profittevoli.

**4. A seconda del “modello” di concessione prescelto, le decisioni strategiche degli operatori relative agli investimenti risulteranno modificate, così come la propensione delle autorità politiche ad adattare nel tempo la disciplina fiscale alle esigenze della finanza pubblica.**

Di norma, gli interessi sul debito pagati per il finanziamento di infrastrutture sono deducibili. Le norme australiane che regolano la capitalizzazione sottile, tuttavia, non consentono la deducibilità nel caso in cui il livello del debito ecceda il 75% del valore degli *assets*, al netto del loro deprezzamento (*book assets*). Considerato che tale limite può essere innalzato nel caso in cui la società sia un veicolo (*SPV – Special Purpose Vehicle*, società o fondo di investimento), generalmente finanziato a debito, gli investimenti nel settore delle infrastrutture hanno registrato un *trend* favorevole all'utilizzo di questo strumento o di una combinazione di società e *trust*. Tale circostanza è da imputarsi al fatto che solo i *“trading trust”*, a forte caratura speculativa (ma non redditizi nel caso di investimenti fisici su terreni, macchinari, edifici) non sono soggetti a regimi di tassazione sul reddito particolari. Nel caso di una società o di un *public trading trust* (un *trust* in cui almeno un investitore è quotato in borsa, raccoglie investimento dal pubblico, è attribuibile a non meno di cinquanta persone) la tassazione è al 30%.

Le c.d. *“stapled structures”*, ampiamente utilizzate in Australia nel caso delle concessioni autostradali di strade a pedaggio, prevedono una compresenza

strategica di società e fondo di investimento e sfruttano i vantaggi fiscali cui si è fatto riferimento: al fondo viene solitamente attribuita la proprietà dell'infrastruttura e alla società, che ne incassa i proventi, è affidata la gestione dell'opera.

**5. Le modalità con cui concedente e concessionario regolano il loro rapporto vanno esaminate caso per caso, tenendo in considerazione tanto le linee guida federali quanto le convenzioni. Il rapporto tra regole e capacità di negoziare, nonché il loro bilanciamento, è elemento essenziale per indagare come siano ripartiti, di volta in volta, diritti, obblighi e rischi. Tale flessibilità non è sinonimo di lassismo da parte del committente pubblico o di sua “cattura”: questi, infatti, si riserva sempre l'utilizzo di poteri pubblicistici che attengono tanto alla responsabilità del contractor e ai rischi che questi assume, quanto il risarcimento dei danni e le forme di ristoro (*financial relief*).**

Le linee guida federali, predisposte dall'agenzia *Infrastructure Australia*, dettano i principi “commerciali” che i committenti trasferiscono, variamente, all'interno della concessione-contratto. Tali principi regolano, in particolare, gli obblighi di pagamento, di manutenzione, le indennità, i casi di forza maggiore, le modifiche al contratto accessivo alla concessione, i rapporti con i sub-contraenti, i poteri di autotutela del committente pubblico, i casi di inadempimento totale o parziale e così via. Sebbene dettati omogeneamente a livello federale, ogni Stato o Territorio può adattarli discrezionalmente.

Tra queste regole, le principali riguardano l'inadempimento delle clausole del “*project agreement*” da parte del committente pubblico, che non si qualifica come tale se esso ha agito nell'esercizio di sue proprie funzioni “legislative o amministrative”; il *financial close*, cui il committente pubblico può non dar luogo se “insoddisfatto” delle garanzie prestate dal privato; la durata del contratto, mai fissa ma flessibile e rinegoziabile; le autorizzazioni ambientali e la valutazione di adeguatezza dei luoghi in cui i lavori sono realizzati: rispetto a queste, il privato contraente è sempre responsabile ed è tenuto a compensare il committente pubblico in caso di inosservanza degli obblighi ivi contenuti.

Il privato, poi, è interamente responsabile della progettazione (*design*) e della costruzione (*construction and completion*). Egli sopporta il rischio di eventuali difetti ed è sempre tenuto a rimediare a proprie spese. Il committente pubblico può decidere di “proteggersi” contro il rischio di insoddisfacente adempimento delle obbligazioni di progettazione e costruzione attraverso tre strumenti principali: la clausola penale (*liquidated damages*), la previsione di specifiche obbligazioni di risultato (*performance bonds*), la previsione di garanzie finanziarie che i soggetti

che controllano il privato contraente sono tenuti a sottoscrivere (*parent company guarantees*).

Nella fase successiva alla costruzione, la gestione e la manutenzione dell'opera (*operation and maintenance*) sono sempre a carico del privato. Il committente misurerà la rispondenza di tali attività agli obiettivi prefissati in sede di negoziazione del contratto sulla base di specifici *KPI – Key Performance Indicators*.

Il committente pubblico, poi, può riservarsi una serie di prerogative da esercitare in caso di *default* del committente privato. Può, altresì, esercitare poteri speciali in casi eccezionali (*step-in*), assolvendo direttamente alcuni obblighi posti originariamente in capo al privato. I casi previsti di *default* sono molto ampi, tanto da porsi rispetto alla nozione di fallimento in rapporto di genere e specie. Sono considerati casi qualificati di *default*, infatti, anche l'intenzione di abbandonare il progetto, le violazioni di regole ambientali o urbanistiche, l'insolvenza della maggioranza dei sub-contraenti, la verifica di falsità di garanzie presentate dal privato in sede di gara, una valutazione insoddisfacente della *performance* di realizzazione dell'opera o di manutenzione. In tutti questi casi, la parte pubblica assegna un termine a quella privata che è tenuta a rimediare (*cure period*).

Lo scioglimento dell'accordo può, invece, far nascere in capo al privato il diritto ad una compensazione da parte del governo (*termination by private party*). Ciò avviene, in particolare, se uno o più atti amministrativi che regolano il rapporto vengono dichiarati illegittimi da parte di un giudice, se il committente non eroga i pagamenti pattuiti o se questi non consente al privato la disponibilità del sito o rende in ogni caso impossibile o eccessivamente onerosa la realizzazione dell'opera. In tutte le circostanze diverse dal *default* che determinano lo scioglimento del vincolo, il privato ha diritto ad un pagamento in denaro (*termination payment*).

**7. Sul versante della litigation, il modello di risoluzione delle controversie australiano è monista. Sul versante della dispute resolution, esso fa ampio uso di metodi di ADR. L'efficienza del sistema risiede nella sua celerità e nella possibilità che i contraenti selezionino i metodi di ADR più confacenti alle loro esigenze e ne disciplinino l'attività all'interno della convenzione.**

L'ordinamento della giustizia australiana non conosce un rito speciale per le procedure di gara, né sono previsti tribunali specializzati per la risoluzione delle controversie in tema di realizzazione e gestione di infrastrutture. A livello federale, sia la *Federal Court*, sia la *High Court* hanno poteri di *judicial review* nei confronti delle decisioni dell'amministrazione, nonché di risoluzione delle controversie

inerenti il diritto delle obbligazioni e dei contratti (*civil dispute resolution*). La prima completa l'attività di sindacato, mediamente, in 12 mesi. Tale modello, replicato a livello dei singoli Stati, non varia se oggetto della controversia è un provvedimento amministrativo oppure il "*breach of contract*".

Il risarcimento del danno è generalmente concesso dalle corti in caso di "*misleading conduct*" da parte dell'amministrazione. Vi sono, in aggiunta, tre sistemi con cui possono essere concesse "compensazioni" monetarie in caso di pregiudizio arrecato da una condotta illegittima dell'amministrazione: le compensazioni causate da inefficienza amministrativa (*CDDA – Compensation for Detriment caused by Defective Administration*) ed erogate dall'amministrazione sulla base di un'istanza da parte del privato, che trovano fonte nell'art. 61 della costituzione; le compensazioni "*ex gratia*", concesse discrezionalmente dal governo sulla base della stessa norma costituzionale; le compensazioni da "atto di grazia", discrezionalmente concesse dal ministro delle finanze sulla base del *Financial Management and Accountability Act* del 1997.

Gli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, di cui in Australia si fa ampio uso, sono generalmente previsti all'interno del contratto (*deed*) di concessione. Possono includere il ricorso diretto all'arbitrato oppure ad un *DRB – Dispute Resolution Board* composto da tre esperti, due dei quali scelti congiuntamente dalle parti. Il *Board* ha 84 giorni per l'istruttoria e per formalizzare la decisione finale. Entro 28 giorni da questa, che va notificata alle parti, una di esse può rendere nota la propria insoddisfazione mediante una "*notice of dissatisfaction*", cui segue, almeno 56 giorni dopo, l'obbligo di compromettere la controversia in arbitri. Salvo che non sia convenuto diversamente, decorso il termine di 28 giorni dalla decisione formale del *board*, questa diviene a tutti gli effetti vincolante.

Una versione meno raffinata, ma più flessibile, del *DRB* è il *dispute resolution panel*, composto da uno o più esponenti del governo e da uno o più membri designati dal contraente privato che, in casi prestabiliti nel contratto, devono decidere in tempi più brevi (*fast track process*) rispetto al *DRB*. Nel caso in cui la decisione non sia ritenuta soddisfacente anche da una sola parte, è possibile rivolgersi ad un esperto indipendente, nominato dalle parti o dal segretario generale della camera arbitrale australiana, o ad un collegio arbitrale. L'insorgere di una disputa, in ogni caso, non costituisce mai causa giustificata di inadempimento parziale o totale.



# CAPITOLO SECONDO

## IL CILE

*Bruno Carotti*

**SOMMARIO:** 1. Lo sviluppo del settore. - 2. Il quadro giuridico. - 3. Il quadro istituzionale. 3.1. *Istituzione ed evoluzione del Ministero (Secoli XIX-XX)*. - 3.2. *L'assetto attuale*. - 3.3. *Altri organismi. Il Consiglio delle concessioni*. 3.4. *L'attività. Cenni alla trasparenza e alla partecipazione*. - 4. L'individuazione delle opere. - 4.1. *Progettazione e valutazione*. - 4.2. *Le modalità di finanziamento. Aspetti generali*. - 4.2.1 *Lo schema normativo* - 4.2.2. *La prassi. Il settore assicurativo e bancario*. - 4.2.3. *Gli investimenti stranieri*. - 4.2.4. *Altre forme incidentali*. - 5. Le modalità di affidamento. - 5.1. *Caratteri generali*. - 5.2. *Atti preparatori*. - 5.3. *Clausole e requisiti di partecipazione* - 5.4. *Presentazione e valutazione delle offerte*. - 5.5. *Aggiudicazione provvisoria e definitiva*. - 5.6. *Procedure negoziate e altre tipologie*. - 6. La regolazione del rapporto. 6.1. *Una flessibilità controllata*. - 6.2. *Adempimenti propedeutici alla stipula*. - 6.3. *La natura 'contrattuale' del provvedimento*. - 6.4. *Il fine sociale della concessione*. - 6.5. *Durata della concessione e regime delle opere*. - 6.6. *Obbligazioni e rischio in fase di esecuzione*. 6.7. *Corrispettivi e aspetti economici*. - 6.8. *Lo sfruttamento dell'opera*. 6.9. *Le tariffe*. 6.10. *Controlli*. - 6.11. *Inadempimenti e multe*. - 7. Le forme di autotutela. - 7.1. *Aspetti generali*. - 7.2. *Modifiche sollecitate dal Ministero*. - 7.3. *Tutela di interessi ulteriori*. - 7.4. *Sospensione della concessione*. - 8. Il sistema delle garanzie. - 8.1 *Introduzione*. - 8.2. *Annullamento e revo ca della concessione*. - 8.3. Le "renegociaciones". 8.3.1. *Il primo modello: le sopravvenienze*. - 8.3.2. *Il secondo modello: l'accordo*. - 8.3.3. *Il terzo modello: le variazioni eccezionali*. - 8.3.4. *I criteri comuni di valutazione*. - 9. La soluzione delle controversie. 9.1. *Quadro generale*. - 9.2. *Il panel tecnico*. - 9.3. *La Commissione arbitrale*. - 9.4. *La tutela giurisdizionale*. - 10. Conclusioni. - *Executive Summary*. - Bibliografia essenziale. - Appendice.

### 1. Lo sviluppo del settore

Secondo i dati del *World Economic Forum* (WEF), il Cile è il "best performer" della regione dell'America latina, sia in termini di attrattività per gli investimenti privati, sia di sviluppo della rete delle infrastrutture.

In base alla classifiche stilate dall'organizzazione nel *Rapporto sulla competitività del 2012-2013*, in particolare, il Cile si pone a al 22° posto quanto all'ambito stradale (*figura 1*). Con riguardo, invece, alle infrastrutture ferroviarie, il Paese si trova al 35° posto. Non accade lo stesso, tuttavia, con le condizioni e il mantenimento delle strade pre-esistenti: all'inizio degli anni Novanta, su 80.000 km

di strade, solo 9.000 erano asfaltati; ancora oggi, pertanto, il Cile occupa uno degli ultimi posti su scala mondiale (quasi il 70% delle strade non è ancora asfaltato).

Anche secondo il ministero italiano<sup>223</sup>, il Cile è il paese più solido della ‘regione’ del Sud America: grazie ad accordi commerciali con 60 Paesi (che rappresentano l’80% del mercato mondiale), esso costituisce un *partner* affidabile e una possibile piattaforma logistica aperta verso Oceania e Asia.

Hanno sicuramente influito, dall’inizio degli anni Novanta, la costante crescita economica e un aumento considerevole degli investimenti statali nelle politiche sociali.

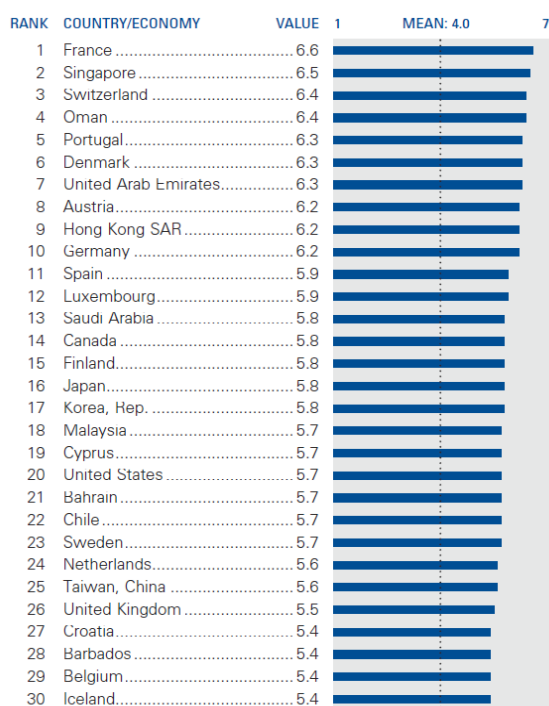


Figura 1. Qualità delle strade. Primi trenta classificati. Fonte: WEF.

In tale favorevole contesto, è stato definito, in generale, un modello che si basa su un efficace sistema di *partnership* pubblico/privata. In particolare, sono tre i fattori che hanno permesso uno sviluppo competitivo del settore delle infrastrutture<sup>224</sup>: il regime concessorio; il modello regolatorio; il sistema delle procedure<sup>225</sup>.

È l’esatta individuazione dei rischi e la loro calibrata attribuzione ai soggetti privati (che intervengono nella realizzazione delle infrastrutture) a rendere solido il modello cileno. La traslazione del rischio comunque, non fa dello Stato cileno uno Stato assente nel settore. Il Cile, infatti, ha avviato una seria politica di investimenti. In

particolare, proprio in riferimento alle opere stradali, circa il 70% dell’investimento è coperto attraverso l’indebitamento finanziario e il 70% di tale forma di investimento avviene attraverso l’emissione di titoli pubblici (lo Stato tende a emettere in titoli la somma dell’importo che, normalmente, le società finanziano attraverso l’indebitamento). Le opere, dunque, sono finanziate principalmente

<sup>223</sup> Dati del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti, 2009.

<sup>224</sup> Si v. il *Rapporto sulle infrastrutture in Italia. Le infrastrutture autostradali*, a cura di C. Stagnaro, Ibl, Roma, 2010.

<sup>225</sup> Il WEF conferma che a giudizio degli interessati, la percentuale che considera una debolezza l’effettività del sistema di soluzione delle controversie è molto più bassa rispetto agli altri fattori critici prima indicati (3.86).



attraverso il ricorso al debito: al 31 dicembre 2010, si registrava una percentuale di offerta attraverso emissione di titoli pari al 71% circa. Nel settore delle infrastrutture sono stati riutilizzati, tra l'altro, gli introiti derivanti dall'estrazione mineraria, accresciuti notevolmente negli ultimi anni: uno strumento considerato molto efficace, che testimonia capacità e volontà del settore pubblico di reinvestire, con l'intento di fungere da volano dell'economia<sup>226</sup>.

I risultati del modello introdotto sono testimoniati dalle opere realizzate: 2.500 km di strade costruite, divenute l'asse strutturale delle vie di comunicazione del Paese. Tra gli esempi più rilevanti, la nota *Ruta 5 – “Panamericana”*, articolata in 8 progetti giuridicamente separati, ma funzionalmente unitari, che collega le regioni tra La Serena e Puerto Montt: un tratto, questo, in cui si concentra il 90% della popolazione e il 78% della produzione industriale<sup>227</sup>. Si aggiungono la *Ruta Nacional 78 (Santiago – San Antonio)*, la *Ruta Nacional 68 (Santiago-Viña del Mar)*, la *Autopista Interportuaria Talcahuano-Penco*.

Le opere stradali mostrano, altresì, un buon rapporto tra investimenti e qualità: segno tangibile dell'efficacia del sistema del partenariato (*figura 2*). L'infrastruttura, infatti, è costruita e gestita dai concessionari: le imprese possono

costruire e finanziare un particolare progetto e raccoglierne canoni di utenza fino a 30 o 50 anni (successivamente, l'infrastruttura diventa proprietà dello Stato).

La crisi finanziaria e, elemento da non sottovalutare, il grave sisma che ha colpito il Paese nel febbraio del 2010, hanno inciso sulle prestazioni e sulle capacità finanziarie dei soggetti privati, indebolendo il settore soprattutto in riferimento alla solidità degli assicuratori. Tuttavia, il cambio

intervenuto sembra assestarsi su un ordine di tipo qualitativo: mutano le condizioni di riferimento e i caratteri dei soggetti interessati, ma il settore non ha subito un arresto significativo. Al contrario, le norme sui finanziamenti consentono ancora la

Figure 15b: Infrastructure Quality (IQGI)

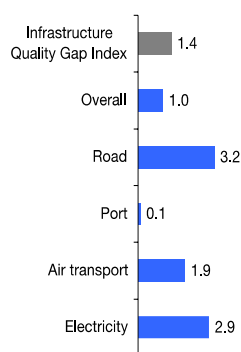


Figura 2. Qualità delle infrastrutture. Fonte: WEF.

<sup>226</sup> Nel citato rapporto del WEF si legge che “[t]he government readiness to deal with private investment in infrastructure is also well ranked (5.50, 3rd overall), with efficient and well-developed PPP regulations, government consistency and continuity on economic matters and openness of public services to private capital”.

<sup>227</sup> D.M. RUFÍAN LIZANA, *Políticas de concesión vial: análisis de las experiencias de Chile, Colombia y Perú*, Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social (ILPES), Serie Gestión Pública, Santiago del Chile, 2002, p. 23.

possibilità di programmare con un grado elevato di sicurezza la realizzazione di nuove infrastrutture. Già nel 2011, un rapporto sulla classificazione del rischio evidenziava che “*sebbene la recessione del periodo 2008/2009 abbia inciso mediamente sul livello dei ricavi delle concessionarie, questo effetto non è stato significativo e potrebbe essere reversibile in futuro*”<sup>228</sup>. Avranno una incidenza sul settore anche le recenti politiche governative: l’aumento della spesa pubblica, infatti, potrebbe generare, nei prossimi anni, un restringimento delle somme messe a disposizione dell’amministrazione di settore, a causa dell’aumento dello *stock* del debito. Tuttavia, questa è solo una ipotesi in quanto gli analisti continuano a stimare che la costruzione delle opere di maggiore importanza continuerà a realizzarsi tramite titoli di debito pubblico (secondo alcune stime, sempre nella misura del 70% circa dell’indebitamento complessivo)<sup>229</sup>.

Permangono, infine, alcuni fattori critici. Secondo quanto rilevato dal *World Economic Forum*, vi sono cinque gli elementi che maggiormente ostacolano lo sviluppo delle infrastrutture: la disciplina restrittiva del lavoro (19.2%); l’inadeguata formazione della forza lavoro (16,5%); l’inefficienza della burocrazia (13.8%); l’insufficiente capacità di innovazione (10.7%); il regime fiscale (9.2%).

Recenti modifiche normative hanno quindi consolidato il quadro complessivo, cercando di risolvere le criticità emerse in via di prassi.

Se, alla fine degli anni Ottanta, nel Paese non si conoscevano autostrade, oggi il settore è particolarmente sviluppato, attraverso lo sviluppo di arterie nazionali importanti. Vi sono ancora molti aspetti da migliorare, ma il caso cileno può considerarsi, in generale, un modello solido ed efficiente.

## 2.1 quadro giuridico

La normativa di riferimento è contenuta, principalmente, nella *Legge sulle concessioni delle opere pubbliche (Ley de concesiones de obras públicas*, di seguito, per brevità, anche *l.conc.* o *Lecop*). Dal punto di vista formale, si tratta di un decreto avente forza di legge, adottato dal Ministero e formalizzato dal

---

<sup>228</sup> HUMPHREYS – *Clasificadora de Riesgo, Concesiones en Chile: Una mirada retrospectiva*, Estudio especial, 2011, p. 2.

<sup>229</sup> Ivi, p. 6.

Presidente della Repubblica cilena nel 1991<sup>230</sup>. Assestato con interventi minori nel 1993 e consolidato nel 1996<sup>231</sup>, ha subito una revisione sistematica nel 2010<sup>232</sup>.

Sul piano delle fonti secondarie, emerge il regolamento di attuazione della legge (*Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas*, di seguito anche *Reglamento* o *Recop*), adottato nel 1992 e modificato nel 1997<sup>233</sup>. Sono dettati, poi, atti specifici, specifici, riguardanti la base di gara (*Bases de Licitación y Circulares Aclaratorias*), l'offerta tecnica ed economica del concessionario (*Oferta Técnica y Económica del Concesionario*), e la fase dell'aggiudicazione (*Decreto Supremo de Adjudicación*).

Obiettivi della normativa – che muta radicalmente lo scenario precedente al 1991 – sono: l'aumento delle opere pubbliche mediante il sistema delle concessioni; la salvaguardia dell'interesse fiscale; la predisposizione di un sistema efficace di soluzione delle controversie. Il Paese, infatti, all'inizio degli anni Novanta aveva bisogno di uscire da una situazione ormai stagnante.

A questo fine, è stata ricercata la possibilità, per la stessa amministrazione pubblica, di acquisire conoscenze tecniche specialistiche, di cui era carente. Aldilà della componente finanziaria, infatti, l'obiettivo della riforma era quello di affiancare al Ministero esperti e imprese in grado di realizzare senza ritardi le opere – compito fino a quel momento di difficile realizzazione. Nello stato in cui si trovava negli anni Ottanta, infatti, lasciare il settore delle infrastrutture alla sola mano pubblica avrebbe comportato una sostanziale paralisi. Di qui l'origine della riforma, che affianca alle forme di investimento e all'intervento misto, pubblico e privato, la diffusione di capacità e conoscenze tecniche presso le strutture amministrative competenti.

La normativa, in sintesi, presenta carattere generale e marcatamente settoriale. Delineata in modo preciso e puntuale nell'ordinamento, costituisce un *corpus* normativo unitario e coerente, cui si può fare riferimento per valutare tutti gli aspetti giuridici (requisiti, adempimenti, ecc.) legati alla realizzazione di un'opera.

---

<sup>230</sup> L'art. 2 della Legge 19.068 del 1991 ha concesso al Presidente de la Repubblica la facoltà di fissare il testo coordinato e sistematizzato del decreto n. 591/1982 (avente forza di legge), emanato dal Ministero dei lavori pubblici, nonché delle norme, relative alla esecuzione, alla riparazione e alla conservazione delle opere pubbliche realizzate con il sistema delle concessioni. Tale plesso normativo, piuttosto complesso, era contenuto nella legge 15.840 del 1964 e nel decreto avente forza di legge n. 206 del 1960 (a sua volta coordinato e fissato nel decreto supremo 294 de 1984 del Ministero – che ha costituito la base giuridica del decreto n. 164 del 1991).

<sup>231</sup> MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, Decreto Supremo n. 900 del 1996.

<sup>232</sup> Ley n. 20.410, de 20 de enero 2010, *que modifica la ley de concesiones de obras públicas*.

<sup>233</sup> MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, Decreto Supremo n. 240 del 1992 e n. 956 del 1997, che reca il *Reglamento Dfl Mop N° 164 de 1991 modificado por las Leyes n° 19.252 de 1993 y n° 19.460 de 1996*.

I risultati del regime in vigore da quasi cinque lustri sono evidenti (e condivisi dai commentatori in maniera pressoché unanime): la normativa ha consentito lo sblocco di energie e consistentissime risorse private (sebbene, come si vedrà, l'intervento pubblico sia essenziale). Secondo i dati raccolti dalla Banca mondiale (*figura 3*), gli investimenti, in circa venti anni, hanno superato la soglia degli 11.000 mln di dollari (dal 1993 al 2013, il dato sale a US \$ 14.829 mln); circa l'85% delle somme complessivamente investite riguarda le strade, il 10% i porti, il 3,8% gli aeroporti, l'1,15% le ferrovie<sup>234</sup>.

Total Projects by Primary Sector and Subsector (US\$ million)			
Sector	Sub-Sector	Number of Projects	Total Investment
Energy	Electricity	35	10,08
	Natural Gas	8	2,61
	Total Energy	43	12,71
Telecom	Telecom	10	3,91
	Total Telecom	10	3,91
Transport	Airports	13	4,11
	Railroads	4	1,11
	Roads	34	9,41
	Seaports	10	1,11
	Total Transport	61	11,08
Water and sewerage	Treatment plant	3	1,11
	Utility	18	7,21
	Total Water and sewerage	21	7,21
Total		135	35,01

Figura 3. Ammontare degli investimenti per settori primari e sotto-settori (1990-2012). Fonte: WORLD BANK.

Con particolare riferimento al profilo delle risorse, deve essere sottolineata la vigenza di una norma più risalente, relativa ai finanziamenti, adottata nel 1974. La norma ha facilitato l'ingresso di capitali stranieri nel Paese, assicurando un elevato livello di garanzie per gli investimenti. È su tale base, secondo la dottrina, che è stato edificato il modello della successiva normativa sugli appalti.

<sup>234</sup> WORLD BANK, *Private Participation in Infrastructure Projects Database. Country Snapshots. Chile, 1990- 2012*. Il database contiene informazioni su “*infrastructure projects in low and middle-income countries by primary sector*”. Si veda l'indirizzo [http://ppi.worldbank.org/explore/ppi\\_exploreCountry.aspx?countryId=105](http://ppi.worldbank.org/explore/ppi_exploreCountry.aspx?countryId=105).

### 3. Il quadro istituzionale

3.1 *Istituzione ed evoluzione del Ministero (secoli XIX-XX)*. La struttura di riferimento è il Ministero dei Lavori Pubblici (*Ministerio de Obras Públicas*, di seguito MOP). Competente per lo svolgimento delle gare, la selezione del concorrente e la gestione della fase esecutiva, il MOP è il perno istituzionale nella realizzazione di nuove infrastrutture e nella successiva gestione. È l'unico interlocutore delle imprese in ordine alla realizzazione di opere di interesse pubblico.

L'assetto del ministero è frutto di una lunga e altalenante evoluzione. Nel XIX Secolo, l'indipendenza del Paese portò alla nascita di una nuova organizzazione statale, sancita con la legge organica dei ministeri (*Ley Organica de Ministerios*, del 1837). La norma attribuì le competenze in materia di opere pubbliche al *Ministerio del Interior* (il "successore" della *Secretaría de Gobierno* del periodo coloniale), mentre le competenze sui porti vennero assegnate al *Ministerio de Hacienda* (finanze).

Nel 1887, le funzioni relative all'industria e alle infrastrutture furono riunite nel *Ministerio de Industria y Obras Públicas*, cui si aggiunsero quelle del settore ferroviario, nel 1912. Due Segretariati (*Secretarías*), di cui uno espressamente dedicato alle opere pubbliche, furono istituiti nel 1924, mentre l'anno successivo la struttura divenne *Ministerio de Obras Públicas, Comercio y Vías de Comunicación*. Le competenze furono quindi riunite, nel 1927, nella complessiva materia dello sviluppo, attraverso il *Ministerio de Fomento*.

La *Ley General de Ministerios* del 1942 ha riportato le funzioni nell'alveo di una nuova *Secretaria de Obras Públicas y Vías de Comunicación*, le cui aree di competenza sono state ripartite in sei dipartimenti (architettura; strade – poi viabilità; idraulica; ferrovie; irrigazione e porti). Altri due dipartimenti sono stati istituiti nel 1943 (pavimentazione urbana; acqua potabile e fognature). Si aggiungeranno, quindi, due direzioni generali: una nel 1953, sulle opere sanitarie, che sostituirà il dipartimento sull'idraulica; l'altra 1964, sugli aeroporti.

Il Ministero riappare come organizzazione unitaria nel 1967, anno in cui riunisce anche le funzioni concernenti i trasporti. Queste ultime vengono poi scorporate, nel 1974, quando l'amministrazione assume la denominazione tuttora in uso<sup>235</sup>.

---

<sup>235</sup> Tutti i riferimenti relativi all'evoluzione ministeriale sono tratti da J.R. CUOYOUNDJIAN, *Panorama de las Obras Públicas en Chile. Contexto, Fuentes y Bibliografía*, in *América Latina en la Historia Económica*, vol. 7, 2000, p. 85 ss., spec. 86-88.

3.2. *L'assetto attuale.* L'organizzazione del dicastero è oggi disciplinata dal decreto 6 ottobre 1997, n. 850, che coordina e sistematizza i testi normativi previgenti<sup>236</sup>. Amministrazione centrale, di rilievo nel panorama amministrativo cileno<sup>237</sup>, il MOP è competente in tutte le fasi di studio, progettazione, affidamento e realizzazione delle opere pubbliche.

Comunica annualmente al Presidente della Repubblica i bilanci di settore e presenta a questi e al Parlamento una relazione annuale sull'attività svolta; detta le norme tecniche di attuazione per la realizzazione dei lavori, rimettendo alla firma del Presidente quelle di carattere regolamentare; rilascia le concessioni e definisce l'oggetto dei relativi contratti (art. 5, decreto n. 850/1997).

Il MOP è articolato in un segretariato generale (*Secretaría de Estado*) e due direzioni generali, di cui una esclusivamente dedicata alle opere pubbliche<sup>238</sup>: si tratta della *Direzione generale dei lavori pubblici (Dirección General de Obras Públicas*, di seguito anche DGOP).

Articolata nella gestione tecnica dei servizi infrastrutturali, la DGOP ha sei unità esecutive: coordinamento delle concessioni di lavori pubblici; aeroporti; architettura; opere idrauliche; lavori portuali; strade. Si aggiungono tre direzioni non esecutive (art. 13, decreto n. 850/1997): due per contabilità, finanza e pianificazione (*Contabilidad y Finanzas; Planeamiento*); una per le questioni fiscali (*Fiscalía*).

Le strutture riflettono l'insieme degli interessi legati alla realizzazione di infrastrutture, che vengono riuniti nell'organizzazione ministeriale sia in senso trasversale (mediante una struttura espressamente dedicata al *coordinamento* delle attività relative alle concessioni), sia in relazione alla singole aree di intervento. Qualora altri ministeri siano interessati alla realizzazione di opere, il MOP può coordinare gli interventi, fornendo approfondimenti e studi di settore (art. 2, decreto n. 850/1997). È prevista, inoltre, la competenza in materia di espropriazione dei beni, necessaria alla realizzazione di opere pubbliche, e alla concessione di servizi specifici, come quello idrico o relativo alla irrigazione (art. 3, decreto n. 850/1997).

---

<sup>236</sup> Si tratta di un decreto avente forza di legge: Decreto con Fuerza de Ley n. 850, de 12 de septiembre de 1997, *que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley no 15.840, de 1964 y del dfl. no 206, de 1960*. Anche in questo caso, il consolidamento del testo ad opera del Presidente della Repubblica è stato autorizzato da una precedente norma primaria: art. 4 della Ley n. 19.474, de 30 de septiembre de 1996.

<sup>237</sup> A livello nazionale, il Ministero ha un organico di circa 8.700 impiegati (fonte: [www.mop.cl](http://www.mop.cl)).

<sup>238</sup> L'altra è competente per l'acqua (*Dirección general de aguas*).

Nella formula organizzativa è ravvisabile anche una forma di deconcentrazione, testimoniata dalla istituzione di uffici operanti su base regionale<sup>239</sup>. In particolare, in ogni regione del Paese è istituito un *Secretario regional ministeriale*, nominato dal Presidente della Repubblica (art. 54-55, decreto n. 850/1997) e dipendente direttamente dal Ministro. Carica incompatibile con qualunque altra all'interno del ministero, il segretario regionale svolge funzioni che tendono, nell'insieme, allo svolgimento armonico delle procedure e all'effettiva applicazione della normativa sulle opere pubbliche: vigila sulle attività in corso all'interno del territorio di competenza; favorisce lo scambio di informazioni; verifica il rispetto delle istruzioni e delle norme tecniche adottate dal ministero; approva le convenzioni tra il ministero ed altri organismi; provvede, in generale, alla gestione concreta dei beni (art. 61, decreto n. 850/1997).

3.3. *Altri organismi. Il Consiglio delle concessioni.* Accanto al MOP, devono segnalarsi l'Istituto Nazionale di Idraulica (*Instituto Nacional de Hidraulica*) e la Sovrintendenza dei Servizi Sanitari. Entrambi, attraverso la Segreteria di Stato (*Secretaría de Estado*), si relazionano con il Governo, pronunciandosi su materie settoriali connesse alla realizzazione di infrastrutture<sup>240</sup>.

Importanti cambiamenti si sono inoltre registrati con la riforma della legislazione sugli appalti. La legge sulle concessioni (la menzionata Lecop), in particolare, ha istituito un "Consiglio delle concessioni" (*Consejo de concesiones*).

Si tratta di un organismo altamente tecnico, che opera in modo intersettoriale e si pone nell'ambito di una vasta *struttura di coordinamento* del Ministero (*Coordinación de Concesiones de Obras Públicas*). È composto dal Ministro, da un esperto da questi designato e da quattro membri, tutti di estrazione accademica (nelle materie economica, giuridica, ingegneristica e architettonica). Gode di prerogative che tendono ad assicurarne la terzietà: va segnalato, in questo senso, il regime di incompatibilità stabilito per i membri, ai quali è impedita la partecipazione agli organi decisionali delle imprese operanti nel settore e, comunque, lo svolgimento di ruoli potenzialmente in contrasto con i compiti assegnati. Scopo complessivo della norma è l'assicurazione della "indipendenza" del Consiglio: una indipendenza non certo strutturale, posto che la nomina è

---

<sup>239</sup> C'è una segreteria ministeriale regionale in ciascuna delle quindici regioni istituite a partire dal decreto n. 575/1974 (originariamente, dodici, poi ampliate nel 1979 e nel 2007).

<sup>240</sup> Ai sensi dell'art. 4 del decreto n. 850/1997, il Ministro dei Lavori pubblici, in qualità di autorità superiore svolge funzioni di vigilanza sugli organismi che dipendono dal Ministero e da quelli che, per suo tramite, si relazionano con il governo.

politica, ma funzionale, ossia destinata a disciplinare l'esercizio dei compiti attribuiti ai membri in base a valutazioni tecniche e criteri volti esclusivamente ad assicurare l'efficienza dei progetti.

Il Consiglio è chiamato a presidiare il *funzionamento complessivo* del sistema delle concessioni. Il Ministero, infatti, deve obbligatoriamente chiedere un parere (*informe*) al Consiglio nei casi in cui occorra: a) dichiarare l'interesse pubblico dei progetti di iniziativa privata; b) analizzare i progetti di iniziativa pubblica che devono essere eseguiti mediante il sistema di concessioni; c) valutare le modalità del regime concessorio dei progetti da mettere a gara.

Composizione e funzioni, dunque, indicano una palmare attenzione dedicata al tema delle infrastrutture sotto il profilo istituzionale. Con il Consiglio, vengono in discussione, da un lato, la valutazione dell'interesse delle possibili opere da realizzare (tipico il caso di analisi della rilevanza pubblicistica delle iniziative private) e, dall'altro, la supervisione sul *regime dei provvedimenti amministrativi* adottati per la loro realizzazione.

3.4 *L'attività. Cenni alla trasparenza e alla partecipazione.* Trattando del sistema delle concessioni, è opportuno soffermarsi, seppur brevemente, sulla trasparenza amministrativa. Una recente legge, del 2008<sup>241</sup>, riconosce il diritto di accesso a *tutte le informazioni in possesso dell'amministrazione*<sup>242</sup>, salvo le eccezioni stabilite dalla normativa (come la politica estera o la difesa: art. 23); la disciplina si applica a tutte le amministrazioni centrali (con esclusione, quindi, dei Comuni).

Ai sensi della legge, la trasparenza si divide in attiva e passiva. Nella prima accezione, la normativa stabilisce l'obbligo di pubblicazione completa delle informazioni rilevanti sui siti istituzionali. Nella seconda, l'obbligo di risposta alle istanze private, che peraltro trova ancoraggio costituzionale (art. 8 della Costituzione cilena).

Nel caso in cui le amministrazioni non adempiano agli obblighi stabiliti, sono previste sanzioni pecuniarie a carico del dirigente responsabile<sup>243</sup>, applicate e rese pubbliche (anche sul sito dell'amministrazione inadempiente) dal *Consiglio di*

<sup>241</sup> Ley de 11 de agosto de 2008, n. 20.285, *sobre Acceso a la Información Pública*.

<sup>242</sup> La Costituzione politica cilena è del 1980, ed è stata modificata nel 2005. L'art. 8 prescrive che l'esercizio delle funzioni pubbliche obbliga i titolari al massimo rispetto del principio di probità (comma 1); stabilisce, inoltre, che gli atti e le risoluzioni degli organi dello Stato, così come i dati e i documenti che ne sono alla base e su cui si fondano i procedimenti amministrativi svolti, sono pubblici (comma 2).

<sup>243</sup> Nella misura dal 20% a 50% dello stipendio: art. 45 della legge sulla trasparenza.



*trasparenza (Consejo para la transparencia)*, organo istituito dalla stessa legge del 2008 e incaricato di assicurarne l'attuazione<sup>244</sup>. Il meccanismo si rivela efficace: a dicembre 2013, su decine di migliaia di istanze, solo cento-ventitré non avevano ancora ricevuto risposta<sup>245</sup>.

Con riferimento al settore delle opere pubbliche, l'applicazione risulta particolarmente utile per seguire lo sviluppo della *policy* governativa, in quanto consente di monitorare i programmi, gli investimenti, i rapporti con le concessionarie. Secondo quanto rilevato dalla *Commissione di difesa del cittadino (Comisión Defensora Ciudadana y Transparencia)*, nel 2012, su più di 51.000 richieste di informazioni, ben 10.900 sono state rivolte al Ministero dei lavori pubblici; nel 2013, su un totale di 61.300, 12.200. Il settore dei lavori pubblici, pertanto, si colloca al primo posto delle richieste pervenute (19,9%)<sup>246</sup>.

Può aggiungerci che, nei primi quattro mesi del 2014, su 20 mila richieste totali, quelle rivolte al MOP (nell'ordine di 1900) hanno fatto registrare un lievissimo calo, in quanto il dicastero si attesta al quarto posto (dopo il Ministero del Lavoro e della previdenza sociale, della Salute e dell'Interno e della sicurezza pubblica)<sup>247</sup>.

Il MOP rispetta compiutamente l'obbligo di trasparenza attiva: secondo il *Consejo para la Transparencia*, nel 2013 il tasso di adempimento rilevato è stato del 99,57% (nel 2012, del 98,04%)<sup>248</sup>.

Nel campo delle infrastrutture assume rilievo anche l'istituto della *partecipazione ai processi decisionali*. Una legge del 2011, infatti, prevede la partecipazione di cittadini e delle associazioni alla gestione della cosa pubblica<sup>249</sup>.

In base alla risoluzione del Sottosegretario al Ministero del 16 agosto 2011, n. 2450<sup>250</sup>, che applica tale legge, i soggetti interessati possono partecipare ai processi

<sup>244</sup> Il Consiglio è composto di quattro persone, nominate dal Presidente della Repubblica d'intesa con il Senato; il mandato dura sei anni ed è rinnovabile una sola volta.

<sup>245</sup> COMISIÓN DEFENSORA CIUDADANA Y TRANSPARENCIA, *Ciudadanos sin respuesta, Reporte del Cuarto Trimestre de 2013*, disponibile all'indirizzo [http://www.cdc.gob.cl/wp-content/uploads/documentos/4sinrespuesta\\_2013.pdf](http://www.cdc.gob.cl/wp-content/uploads/documentos/4sinrespuesta_2013.pdf).

<sup>246</sup> COMISIÓN DEFENSORA CIUDADANA Y TRANSPARENCIA, *Informe Mensual – Diciembre 2013. Estadístico de Solicitudes*, p. 5 ss.; COMISIÓN DE PROBIDAD Y TRANSPARENCIA, *Reporte Anual 2012. Estadístico de Solicitudes*, p. 9. I rapporti sono consultabili agli indirizzi <http://www.cdc.gob.cl/estadisticas/reportes-anales/> e <http://www.cdc.gob.cl/estadisticas/estadisticas-ley-n-20-285/>.

<sup>247</sup> COMISIÓN DEFENSORA CIUDADANA Y TRANSPARENCIA, *Informe Mensual – Abril 2014. Estadístico de Solicitudes*, p. 9.

<sup>248</sup> MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, *MOP alcanza casi 100% de cumplimiento en Transparencia Activa*, 30 gennaio 2014, disponibile all'indirizzo [http://www.mop.cl/modernizacion/Paginas/Detalle\\_Noticia\\_modernizacion.aspx?item=1437](http://www.mop.cl/modernizacion/Paginas/Detalle_Noticia_modernizacion.aspx?item=1437).

<sup>249</sup> Ley n. 20.500, de 13 de enero de 2011, *sobre Asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública*.

più rilevanti, attraverso un meccanismo di *notice and comment*, e possono chiedere di essere uditi a fini collaborativi (*diálogos participativos*). Un “Consiglio della società civile” (*Consejo de la Sociedad Civil*), istituito presso il Ministero con funzioni consultive, garantisce la partecipazione e l’ascolto, da parte del Ministero, anche delle “voci” della società civile; ciò avviene sia ai fini della definizione delle politiche pubbliche, sia dello sviluppo e dell’attuazione successivi.

Questi meccanismi partecipativi si rivelano effettivi, e le diverse istanze sono tenute in considerazione: l’11 giugno 2014, un Comitato interministeriale, costituito dai Ministri dell’Energia, dell’Ambiente, dell’Agricoltura, della Salute e dell’Economia, ha bloccato – con decisione ricorribile dinanzi agli organi giurisdizionali – la costruzione di due opere di grande impatto, presentate dal consorzio Endesa/Enel. Il progetto riguardava la costruzione di due dighe nella regione della Patagonia cilena, sui fiumi Pascua e Baker, che avrebbero sommerso circa 6.000 ettari di terra: le dighe non saranno realizzate – nonostante la concessione rilasciata in precedenza – proprio in base alle valutazioni negative presentate da cittadini e organizzazioni di tutela dell’ambiente, di cui i Ministeri interessati hanno tenuto particolarmente conto<sup>251</sup>.

Si può segnalare, in modo connesso, il particolare rilievo assunto dal programma “Sistema di Informazione dei Contratti di Sfruttamento” (*Sistema de Información de Contrato de Explotación*, SICE), che riguarda le strade interurbane, urbane e il corridoi interni alla capitale (*Transantiago*). Si tratta di un applicativo che, previa registrazione, consente l’accesso a informazioni in tempo reale sullo stato dei contratti stipulati in materia di concessioni stradali, permettendo l’estrazione di rapporti circa l’avanzamento ei lavori, l’utilizzo delle opere, le richieste degli utenti e, in generale, ogni elemento utile relativo alla fase di sfruttamento dell’opera.

---

<sup>250</sup> La risoluzione del Sottosegretario è disponibile all’indirizzo [http://www.mop.cl/CentrodeDocumentacion/Documents/Participacion%20Ciudadana%20y%20Transparencia/Resolucion\\_2450-2011\\_Norma\\_Participacion\\_Ciudadana.pdf](http://www.mop.cl/CentrodeDocumentacion/Documents/Participacion%20Ciudadana%20y%20Transparencia/Resolucion_2450-2011_Norma_Participacion_Ciudadana.pdf).

<sup>251</sup> La notizia è stata riportata da numerosissime fonti di informazione, su scala internazionale. Per tutti, si v. TIEMPO PATAGÓNICO, *Chile rechaza el “megaproyecto” hidroeléctrico HidroAysen en Patagonia*, 11 de junio del 2014, <http://www.tiempopatagonico.com/medio-ambiente/2014/6/11/chile-rechaza-megaproyecto-hidroelectrico-hidroaysen-patagonia-3358.html>.

## 4. L'individuazione delle opere

4.1 *Progettazione e valutazione*. Sono previste quattro fasi per la realizzazione delle opere: sviluppo (*desarrollo*), gara (*licitación*), costruzione (*construcción*), sfruttamento (*explotación*).

L'individuazione ricade, chiaramente, nella prima fase, che mira alla concezione, all'elaborazione e alla progettazione ed è articolata, a sua volta, in cinque stadi: a) studio di pre-fattibilità; b) studio dell'affare; c) preparazione del prospetto; d) processo di pre-qualificazione (eventuale); e) preparazione del bando (*base de licitación*).

Nel primo stadio, si elabora un progetto preliminare di tipo ingegneristico, per definire la domanda e la convenienza sul piano economico (in termini di rendimenti per il privato). Nel secondo, vengono analizzati gli aspetti ingegneristici rilevanti e il grado di rischio e altri aspetti tecnico-economici, e viene elaborato uno schema di concessione. Il terzo stadio è destinato alla documentazione preparatoria e di base della concessione, che deve indicare i dettagli del progetto al fine di consentire ai potenziali investitori di compiere le prime valutazioni. Con il quarto stadio, che è solo eventuale, inizia la fase di selezione, attraverso l'individuazione di consorzi in possesso dei requisiti per partecipare al progetto; con essi, l'amministrazione discute dei diversi aspetti dell'opera. Infine, nell'ultimo stato vengono definiti il bando e i primi atti di gara, indicando i requisiti legali, amministrativi, tecnici ed economici che i consorzi (eventualmente pre-qualificati) devono considerare per formulare le proprie offerte. In tutta la fase di sviluppo (e, dunque, nei suoi cinque stadi interni), intervengono sia il Ministero, sia altri enti, come la *Cámara Chilena de la construcción*.

È da evidenziare come venga distinta, in modo netto, l'iniziativa pubblica da quella privata. Nel primo caso, i progetti vengono sottoposti alla valutazione del Ministero dei lavori pubblici; tuttavia, qualora la competenza trascenda le attribuzioni ministeriali (andando a incidere su altre materie), è previsto l'intervento di soggetti pubblici ulteriori, da ministeri fino ai Comuni.

L'iniziativa privata si iscrive in una forma costante di dialogo tra singoli e amministrazione, che tende alla migliore individuazione delle *modalità di realizzazione* delle opere. Il privato può proporre l'esecuzione, la riparazione o il mantenimento di un'opera in cambio del suo sfruttamento, tramite il sistema delle concessioni. L'ammissibilità della domanda è subordinata all'assenza di valutazioni contemporanee del Ministero, aventi ad oggetto la medesima opera; (art. 4, comma

1, del regolamento di esecuzione, il citato Recop). La norma, in questo senso, favorisce l’iniziativa pubblica (sebbene solo a parità di condizioni).

Per facilitare i privati nella individuazione dei progetti utili, lo stesso articolo impone al MOP una *programmazione semestrale*, in base alla quale viene messo a disposizione degli interessati un registro degli interventi selezionati (*registro de los proyectos seleccionados*)<sup>252</sup>. Al fine di garantire concretezza ed effettività della programmazione, si stabilisce poi che gli interventi programmati, ma non messi a gara entro cinque anni, siano cancellati dal registro.

Ai sensi dell’art. 2, comma 2, della Lecop, la domanda del privato (*solicitud*) contiene la descrizione dell’opera e degli interventi da realizzare; l’ubicazione geografica e i terreni interessati; la valutazione degli effetti sociali; gli investimenti necessari, l’analisi finanziaria e il grado di rischio connesso alla realizzazione dell’opera; gli effetti sull’ambiente e l’eventuale necessità di compiere, in merito, una analisi di impatto<sup>253</sup>. Questi elementi devono essere inseriti nel progetto tecnico allegato alla domanda<sup>254</sup>.

Dalla presentazione della *solicitud* il Ministero ha un anno di tempo per pronunciarsi. A tal fine, sono avviati studi specifici, volti ad effettuare una valutazione complessiva della domanda. Se, dagli approfondimenti condotti, emergono aspetti di particolare complessità, il termine può essere esteso a due anni.

La domanda del privato necessita una previa dichiarazione di interesse pubblico. La valutazione è rimessa al *Consejo de las concesiones*, chiamato ad analizzare la necessità dell’intervento, il corretto confezionamento dei provvedimenti, la fattibilità dell’opera. Il Consiglio ascolta le amministrazioni proponenti e valuta il regime delle concessioni alla luce delle caratteristiche delle opere che si intendono realizzare.

L’efficacia dei poteri attribuiti all’organismo è testimoniata dall’*obligo*, per le amministrazioni convocate, di presentarsi alle riunioni indette dal Consiglio; la partecipazione è ammessa in via diretta o per mezzo di un rappresentante (art. 1-*bis*, comma 3). Il ministero ha quarantacinque giorni di tempo per comunicare al privato la sussistenza, o meno, dell’interesse pubblico (art. 6, comma 2, Recop). Il dialogo

---

<sup>252</sup> Il registro viene pubblicato nei mesi di gennaio e giugno di ogni anno, e contiene, sostanzialmente, gli interventi che l’amministrazione intende eseguire (art. 4, comma 1, Recop).

<sup>253</sup> La *Evaluación de Impacto Ambiental* è prevista dalla Ley n. 19.300, del 1 de marzo de 1994, *sobre Bases Generales del Medio Ambiente*.

<sup>254</sup> I commi 4 e 5 dell’art. 5 del Regolamento di esecuzione prevedono la consegna di un originale e di due copie, da effettuarsi alla Direzione generale dei lavori pubblici o ai Segretari regionali ministeriali (che devono trasmetterli alla prima nel termine di cinque giorni); il ministero può chiedere, secondo un meccanismo di “soccorso istruttorio”, il completamento della documentazione insufficiente entro il termine di dieci giorni dalla presentazione dell’istanza.

in contraddittorio con i privati agisce a valle di questa linea di confine; solo una volta pervenuta tale dichiarazione, infatti, lo scambio con il privato può instaurarsi sui dettagli tecnici e, successivamente, sulla gestione concreta del progetto. Non è un caso, dunque, che la normativa distingua due fasi: la *solicitud* (ossia la fase della domanda), che contiene le sole valutazioni del privato; la *proposición* (che inizia allorché il progetto sia dichiarato di interesse pubblico), nella quale il privato segue gli studi effettuati dal ministero, al fine di una valutazione congiunta della proposta (art. 4, comma 2, Recop).

In caso di riscontro positivo, sono richiesti al privato studi addizionali e valutazioni ulteriori, al fine di verificare ogni aspetto del progetto; può anche essere richiesta una cauzione, a dimostrazione della serietà nella realizzazione degli studi da compiere (art. 7, comma 3, Recop).

Un esempio molto interessante relativo ad una fase preliminare di ideazione (tuttora in corso), riguarda la costruzione di un tratto sotterraneo di autostrada, denominato *Costanera Central*, localizzato nella parte sud-orientale di Santiago, volto a decongestionare il traffico; il progetto, che presenta standard tecnico-qualitativi particolarmente elevati, è finalizzato a migliorare la viabilità di una intera area della capitale. Per la sua complessità, sono previsti US \$ 1.943 mln di finanziamento (si v. l'*Appendice, infra*, caso A.1).

Nella valutazione del progetto, deve tenere in considerazione (in particolare, da parte del *Consejo de las Concesiones*) anche le incidenze delle regolazioni di area: i piani regionali di sviluppo urbano, i piani regolatori comunali, intercomunali e metropolitani. Inoltre, si deve considerare la valutazione sociale approvata dall'organismo di pianificazione competente: ciò testimonia la costanza attenzione alle ricadute dell'opera sul tessuto sociale e sul benessere collettivo. Come si vedrà, questo è un aspetto essenziale del sistema cileno, posto a fianco (quasi come limite ideale) della valorizzazione economica del settore.

Una volta approvato il progetto, viene indetta una gara pubblica, alla quale anche il soggetto proponente può partecipare. Per quest'ultimo, in particolare, sono previste misure di favore (che testimoniano il generale apprezzamento dell'iniziativa privata). Innanzi tutto, il progetto presentato dal singolo e poi approvato è oggetto di un beneficio premiale, valorizzato ai fini della concessione e compreso tra il 3 e l'8% dell'importo, a seconda della dimensione economica complessiva (art. 10, comma 3, Recop). Inoltre, nel 1993, una prima – e parziale – modifica della normativa ha introdotto la possibilità, per il Ministero, di valutare tutti o parte dei costi degli studi (la disposizione è oggi contenuta nell'art. 8, comma 5, del regolamento di esecuzione).

Nel caso in cui la proposta sia rigettata, rimane di proprietà del richiedente, per un termine di tre anni. Il progetto, inoltre, non può essere messo a gara in assenza di notifica al proponente, al fine di metterlo in condizioni di concorrere (e di riscuotere il premio connesso alla sua offerta). Qualora non partecipi alla gara, l'interessato è invece destinato a perdere tutti i diritti derivanti dalla preparazione del progetto (art. 9, comma 4, Recop).

Infine, nel caso in cui la valutazione del progetto sia positiva, viene indetta una gara pubblica, entro il termine di un anno, eventualmente preceduta da una fase di pre-qualificazione (si v. *infra*, § 5).

4.2. *Le modalità di finanziamento. Aspetti generali.* Nonostante il solido partenariato pubblico/privato, che distribuisce accuratamente i rischi e i relativi oneri, la presenza del settore pubblico è ancora importante per quanto riguarda, come accennato, l'emissione di titoli.

È stata l'analisi svolta dal Ministero a dettare le linee di fondo del nuovo sistema; l'amministrazione ha evidenziato gli ostacoli della normativa che impedivano il conseguimento degli obiettivi di crescita. A fronte di tali ostacoli, si è inteso, con eclettismo giuridico ed economico, offrire maggiori garanzie agli investitori, assicurando al contempo maggiore flessibilità al Ministero nella gestione del provvedimento.

Da un lato, i finanziamenti pubblici diretti (nella forma di sussidi) sono previsti solo per le ipotesi di "fallimento di mercato". In generale, il settore pubblico interviene, come visto, attraverso l'emissione di titoli di debito. È vero, poi, che l'amministrazione fiscale – a rigore – è tenuta dalla normativa a pagare il valore dell'opera nella misura del 65% (art. 94, decreto n. 850/1997). Tuttavia, è la sinergia pubblico-privato a costituire il cuore del sistema cileno. Si tratta di un sistema misto, in cui i contribuiscono i privati (attraverso l'indebitamento e l'assunzione dei rischi) e il pubblico (attraverso i titoli e la predisposizione di un sistema tariffario, qualificabile come una entrata di natura tributaria). Ciò evidenzia, dunque, che *“l'infrastruttura incrementale viene pagata dai contribuenti, attraverso imposte generali e indirette: un sistema conosciuto come finanziamento di riparto dei costi (cost-sharing approach)”*<sup>255</sup>.

---

<sup>255</sup> CAMARA CHILENA DE LA CONSTRUCCION, *Balance de la infraestructura en Chile. Análisis de la evolución sectorial y proyección 2010/2014*, p. 92 (traduzione propria).

Per il finanziamento iniziale delle opere, sono stati sviluppati diversi strumenti finanziari, tra i quali si segnalano gli introiti minimi garantiti, le obbligazioni di infrastruttura (v. *infra*, § 4.2.2), un meccanismo di copertura cambiaria e un meccanismo di distribuzione dei ricavi. Tutte le opere realizzate con queste modalità di finanziamento appartengono allo Stato: la concessione, dunque, attiene al servizio, non al regime dominicale. È naturale, dunque, che una volta terminata la concessione lo Stato può indire una nuova gara o amministrare direttamente l'opera (come si vedrà più avanti nel testo).

Dall'altro lato, gli esborsi del privato non vengono compensati in via diretta. Il sistema introdotto nel 1991, infatti, si basa sull'assenza di legami di tipo sinallagmatico; l'investitore viene ripagato attraverso l'applicazione del sistema delle tariffe e dei pedaggi – versati dagli utenti per l'utilizzo dell'opera una volta che questa sia stata completata. Al fine di garantire la riscossione di tali entrate, sono previsti speciali meccanismi di tutela giurisdizionale, che consentono al privato, in caso di inadempimento, di rivolgersi al giudice per ottenere quanto dovuto da parte dell'utilizzatore<sup>256</sup>.

Il quadro complessivo, dunque, si basa anche sull'apporto del privato; ma non implica, per questo, un arretramento del pubblico – che, per converso, ancora è protagonista del settore, attraverso i l'indebitamento pubblico, gestito dai governi regionali, dal Ministero dei Lavori pubblici, dal Ministero dell'abitabilità e dell'urbanizzazione (*Ministerio de Vivienda y Urbanismo*, MINVU), dai Comuni (*Municipalidades*).

Secondo le stime della *Camera cilena delle costruzioni*, l'investimento complessivo per le opere dal 2012 al 2016 ammonta a US \$ 11.721 mln (come indica la *figura 4*). L'intero settore dei trasporti, del resto, è attivo: dagli ultimi dati rilevati dall'*Istituto nazionale di statistica* cileno (2013), il trasporto extraurbano di passeggeri, nel 2011, ha fatto registrare ricavi complessivi pari a US \$ 683 mln di introiti, e

Tabla resumen. Requerimientos de inversión 2012-2016	
	Inversión MMUS\$
Pavimentación	1.484
Planes de transporte Santiago	1.394
Metro de Santiago	2.758
Efe + Tranvía	440
Mantenimiento vial	1.000
Concesiones	4.645
<b>Total</b>	<b>11.721</b>

Fuente: elaboración propia.

Figura 4. Investimenti richiesti per il completamento delle opere, 2012-2016. Fonte: CÁMARA CHILENA DE LA CONSTRUCCIÓN.

<sup>256</sup> Il concessionario può agire giudizialmente, potendo chiedere, oltre al dovuto, interessi e spese.

investimenti annui, da parte delle imprese, per US \$ 419 mln<sup>257</sup>.

Deve sottolinearsi, comunque, che all'interno di una situazione tendenzialmente positiva, non mancano rallentamenti e arresti (*in primis*, la ricordata crisi finanziaria globale, cui deve aggiungersi il terremoto del 2010). La già citata *Camera cilena delle costruzioni*, a questo riguardo, osserva “*con grande preoccupazione come i piani di investimento, tanto in infrastruttura urbana come di trasporto, hanno sofferto importanti ritardi*”, che tra l'altro rendono difficile il dislocamento e la deconcentrazione delle maggiori città<sup>258</sup>.

Il *trend* positivo di crescita del settore, dunque, sembra necessitare un elevato grado di dinamismo: ciò significa che si è alla ricerca di soluzioni adeguate, che tengano in considerazione la specificità delle opere, la situazione complessiva della spesa pubblica e lo stato dell'economia del Paese, pena un possibile arretramento della fase espansiva degli investimenti.

4.2.1 *Lo schema normativo*. Proprio in considerazione della natura mista del sistema introdotto, le norme sono particolarmente attente alle questioni finanziarie. I progetti sono classificati in tre fasce, a seconda della entità dell'investimento, calcolate con una unità di conto denominata *Unidad de Fomento* (UF)<sup>259</sup>: fino a 300.000 UF (€ 9.5 mln); tra 300.000 e 800.000 UF (€ 25.5 mln); più di 800.000 UF (art. 5, comma 6, Recop).

Le soglie trovano applicazione in diversi casi; si può ricordare, ad esempio, il meccanismo premiale per i progetti di iniziativa privata, che trova una differente applicazione percentuale a seconda della soglia in cui rientra il progetto (*supra*, § 4.1).

Il finanziamento si rivela centrale sin dalla fase di progettazione dell'opera. I progetti di iniziativa privata, infatti, sono soggetti a indicazioni particolarmente stringenti in merito. L'investimento è considerato analiticamente, ai fini della congruità dell'offerta; costituisce parte integrante del disegno complessivo; è

---

<sup>257</sup> INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Encuesta Estructural De Transporte Por Carretera. Año Contable 2011, 2013*, allegato, Cuadro 2.2 (*Ingresos del ejercicio*).

<sup>258</sup> CÁMARA CHILENA DE LA CONSTRUCCIÓN, *Infraestructura Crítica Para el Desarrollo, Análisis Sectorial 2012-2016*, 2011, p. 98.

<sup>259</sup> Si tratta di una unità di conto monetaria standard, utilizzata, in Cile, a fini di calcolo degli *international security loans* con riferimento al capitale e agli interessi; creata nel 1968, è stata poi estesa ai prestiti bancari e al finanziamento privato. L'unità di calcolo, come noto, serve a misurare il valore di mercato di determinati beni e servizi, per consentire una definizione unitaria del rapporto di scambio in un determinato mercato, assicurando il paragone tra beni eterogenei. Si v. M. LIEBERMAN, R.E. HALL, *Principi di economia*, Rimini, Maggioli, 2010, p. 468 ss.



direttamente parametrato al rispetto dei livelli di servizio, che devono essere *previamente stabiliti* dal soggetto privato.

Ai fini della riuscita economica dell'opera, in particolare, l'art. 5, comma 2, *lett. d)*, del *Regolamento di esecuzione*, stabilisce che il progetto deve considerare la stima della domanda del servizio connesso all'opera e il *tasso di aumento* annuale, indicandone il  $\Delta$ , ossia la percentuale della variazione sperata (in termini di aumento di domanda derivante dalla realizzazione dei lavori).

Inoltre, lo stesso articolo stabilisce che il progetto del privato deve contenere l'indicazione dell'investimento e del calcolo dei costi, anche in questo caso considerando la differenza generata dagli interventi proposti (*lett. h)*. È richiesta anche una dettagliata analisi finanziaria, tarata sui caratteri del progetto ("*a nivel de perfil*", *lett. i)*, nonché il rischio associato all'iniziativa, da intendersi come carattere complementare, o concorrente, di quanto proposto rispetto ad analoghi progetti del Mop o di altri organismi pubblici (*lett. k)*.

Le valutazioni del ministero, inoltre, indicano una stretta correlazione non solo del finanziamento con la realizzazione dell'opera, ma anche con le modalità di gestione della stessa. Con il bando, infatti, il ministero stabilisce se il finanziamento indicato dal privato, durante il periodo di vigenza del contratto di concessione, debba essere erogato in una fase o distribuito in varie tappe (in modo parallelo e progressivo rispetto ai livelli di servizio erogati). Il finanziamento, dunque, può essere subordinato all'effettiva funzionalità delle costruzioni realizzate dal concessionario.

In materia di infrastrutture stradali, ad esempio, è stato considerato sia il tasso di aumento della popolazione urbana ("*dal 1940 al 2002 la superficie urbanizzata di Santiago si è moltiplicata di quasi sei volte, da 11mila a 64mila ettari circa, e il*

Requerimientos de inversión en pavimentación urbana		
Déficit estimado en 2000	7.328	km
Avance 2001-2008	2.747	km
Avance 2009(*)	300	km
Déficit estimado	4.281	km
Inversión unitaria	0,4	US\$ MM
Inversión total requerida	1.584	US\$ MM

(\*) Programa MINVU Pavimentación Participativa 2009.  
Fuente: Elaboración propia.

Inversión Infraestructura Dirección de Vialidad	
	MMUS\$
2005	626
2006	706
2007	955
2008	1.059
2009	1.368
2010(*)	1.055

(\*) Presupuesto estimado con ajustes posterremoto.  
Fuente: Ejecución presupuestaria del MOP.

Figura 5. Investimenti calcolati per la pavimentazione delle strade urbane ed extraurbane. Fonte: CÁMARA CHILENA DE LA CONSTRUCCIÓN

numero degli abitanti è cresciuto da poco meno di 1 milione a 5,5 milioni”<sup>260</sup>), sia quello delle immatricolazioni (“negli ultimi dieci anni è aumentato del 50%, passando da 1,96 milioni del 1998 a 2,95 milioni nel 2008”). Sulla base di valutazioni ulteriori di crescita – nonostante “la tasso di motorizzazione del Cile sia minore di quanto sperato, in comparazione con altri Paesi”<sup>261</sup> – sono stati promossi, tra l’altro, progetti di realizzazione di strade urbane ad alta capacità, come l’espansione delle vie di accesso alla capitale.

Nello stesso senso, per citare un aspetto specifico, sono state valutate le necessità di pavimentazione delle strade, che dal 2000 presentavano un deficit stimato di 7.328 km. Tra il 2001 e il 2009 sono stati pavimentati circa 3.000 km di strade; il Ministero dell’abitabilità e dell’urbanizzazione ha ritenuto che i circa 4.200 km rimanenti richiedessero un investimento complessivo di US \$ 1.500 milioni. La situazione è molto diversa per le strade extraurbane, in relazione alle quali, come anticipato (*supra*, § 1), su circa 80.500 km di rete viaria circa 62.800 km, vale a dire il 78% della rete nazionale, ancora non è asfaltata<sup>262</sup>. In questo caso, dunque, l’aumento degli investimenti è costante negli anni, e si è attestato nell’ordine di US \$ 1.000 mln nel 2010 (*figura 5*)<sup>263</sup>.

Da segnalare che per il periodo 2014-2021, il Governo ha deciso lo stanziamento di circa 13 miliardi, al fine di realizzare diverse infrastrutture (ferrovie, dighe, strade e autostrade).

4.2.2. *La prassi. I settori assicurativo e bancario.* Nella prassi, si riscontra una particolare attenzione all’intervento delle assicurazioni. L’investimento pubblico si basa su un mercato finanziario di lungo termine, sostenuto da fondi pensione e dal settore assicurativo<sup>264</sup>: le compagnie di questo settore hanno acquisito un ruolo essenziale per garantire i finanziamenti destinati alla realizzazione delle infrastrutture. Accanto, è previsto un sistema di garanzie e assicurazioni concernenti

<sup>260</sup> CÁMARA CHILENA DE LA CONSTRUCCIÓN, *Balance de la infraestructura en Chile*, cit., p. 87 (traduzione propria).

<sup>261</sup> *Ivi*, rispettivamente p. 90 e p. 91.

<sup>262</sup> Su questi aspetti, si v. il documento della *Direzione di programmazione (Dirección de Planeamiento)* del Ministero, *Política de Conservación Vial Etapa 3 – Caminos No Pavimentados*, 2012, disponibile all’indirizzo [http://www.dirplan.cl/centrodedocumentacion/Documents/PoliticasyPolitica\\_conservacion\\_caminos\\_no\\_pavimentados.pdf](http://www.dirplan.cl/centrodedocumentacion/Documents/PoliticasyPolitica_conservacion_caminos_no_pavimentados.pdf).

<sup>263</sup> CÁMARA CHILENA DE LA CONSTRUCCIÓN, *Balance de la infraestructura en Chile*, cit., p. 98 e 109.

<sup>264</sup> D.M. RUFIAN LIZANA, *Políticas de concesión vial: análisis de las experiencias de Chile, Colombia y Perú*, cit., p. 25.

la costruzione, l'esercizio e la manutenzione del contratto di concessione, accanto a modalità volte a consentire la diversificazione del rischio di investimento.

Occorre ricordare che il settore bancario cileno è stato profondamente riformato dopo la crisi del finanziaria del 1981 e la successiva legge di riforma del settore del 1986: i molteplici istituti sono stati sottoposti a stringenti vincoli regolatori; sono mutati gli assetti proprietari; i requisiti soggettivi e oggettivi sono molto rafforzati; l'intervento pubblico è stato, nel complesso, profondo ed esteso<sup>265</sup>. I risultati della "riforma" sono stati positivi, in quanto l'intero settore si è rafforzato e consolidato. In particolare, sono state compiute operazioni di fusione e acquisizione che hanno condotto a una forte razionalizzazione degli istituti nazionali, che comunque hanno perso terreno rispetto a quelli di altri Paesi; attualmente, operano in Cile 24 istituti, di cui 12 sono stranieri<sup>266</sup>. La percentuale di banche straniere è stata massima alla fine degli anni Novanta (52%), per poi abbassarsi tra il 2002 e il 2006 (38%); a partire dal 2006 è quindi risalita (48%) fino al dato attuale (50%).

Capacità dell'assicuratore (Fortaleza como asegurador)	
MBIA	B3
Assured Guaranty Municipal Corporation	Aa3
BID	Aaa
Inc XL Capital Assurance	A2

Figura 6. Fonte: HUMPHREYS

La crisi economica – cui si aggiungono gli effetti del terremoto del 2010, come detto assolutamente non trascurabili – sta intervenendo su tali elementi, incidendo negativamente sulla solidità delle assicurazioni, con ripercussioni dirette sulla realizzazione delle infrastrutture.

A ben vedere, però, gli effetti della crisi e del sisma non sono, nel complesso, univoci. Innanzi tutto, se è vero che il traffico stradale si è ridotto, nel primo

periodo dopo il terremoto, già dopo pochi mesi vi è stato un sostanziale "recupero del flusso dei veicoli, che riflette la bassa elasticità della domanda e la resistenza rispetto alle situazioni avverse"<sup>267</sup>. In tale contesto, il settore assicurativo è stato

<sup>265</sup> L. HERNÁNDEZ, F. PARRO, *Sistema Financiero y Crecimiento Económico en Chile*, Banco Central de Chile, Documento de Trabajo, 2004, p. 6 ss. Sul ruolo attuale del sistema bancario e sulla relazione tra debito bancario e imprese, si v. da ultimo P. SAONA HOFFMANN, M. JARA BERTÍN, M. MORENO WARLETA, *Firm Size as Determinant of the Nonlinear Relationship Between Bank Debt and Growth Opportunities: The Case of Chilean Public Firms*, in *Journal of Emerging Markets Finance and Trade*, in *Emerging Markets Finance and Trade*, 2014, p. 265 ss. Lo studio dimostra un maggiore dinamismo delle imprese minori in termini di ricorso al credito, in momenti di crescita economica.

<sup>266</sup> FEDERAL RESERVE BANK OF ST. LOUIS, ECONOMIC RESEARCH (FRED), *Percentage of Foreign Banks Among Total Banks for Chile 1995/2009*. Si v. anche i dati e il grafico nell'Allegato generale del presente studio.

<sup>267</sup> HUMPREYS, *Concesiones en Chile: una mirada retrospectiva*, cit., p. 9.

ugualmente toccato, in quanto la crisi dei *subprime* ha inciso sulle condizioni patrimoniali di alcuni grandi finanziatori.

Come si vede nella tabella (*figura 6*), sulla classificazione delle imprese garanti delle società concessionarie (nel 2011), le capacità delle assicurazioni hanno fatto registrare un calo significativo in termini di pagamento e di *rating*. Le conseguenze di queste variazioni si percepiscono sul mercato: il peggioramento delle condizioni patrimoniali degli istituti interessati (anche in termini di svalutazione dei crediti) comportano infatti una minore probabilità di pagamento dei relativi titoli. Con la conseguenza che questi ultimi vengono a dipendere essenzialmente dal *flusso delle autostrade* (vale a dire dalle riscossioni generate dal sistema tariffario).

In tale contesto, le imprese interessate nel finanziamento dei progetti infrastrutturali presentano un livello di indebitamento rapportato al patrimonio piuttosto elevato: a fine 2010, il rapporto tra passivi finanziari e patrimonio era, in termini aggregati, di 2,5 (*figura 7*).

Per comprendere quanto accennato, ossia che gli effetti della crisi e del terremoto non sono univoci, occorre evidenziare che, nonostante le mutate condizioni, il settore può ancora essere rafforzato, mediante interventi strutturali: come rilevato in un rapporto sul Paese, i fattori testé delineati, di natura contingente, hanno

comportato cambiamenti *nel sistema di regolazione del settore*. In particolare, sembra rafforzarsi il vincolo tra assicurazioni e realizzazione delle infrastrutture. “Una grande lezione del terremoto”, si legge nel rapporto, è stata infatti quella di evidenziare “l’importanza di contare su assicurazioni legate alla infrastruttura pubblica. Le opere date in concessione, dunque, presentano ora assicurazioni «contro catastrofi», sia dal lato pubblico, sia, in modo proporzionale, da quello privato”<sup>268</sup>.

	Deuda Financiera Sobre Patrimonio
Rutas Transversales	1,88
Ruta 5	1,70
Autopistas Urbanas	7,40
Aeropuertos	2,02
Infraestructura Penitenciaria	0,39
Infraestructura Pública	0,73
Infraestructura Para el Transantiago	0,44

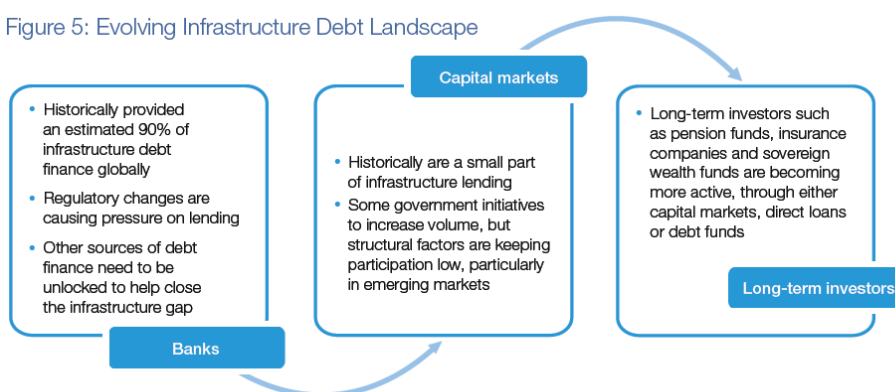
*Figura 7. Fonte. HUMPHREYS*

<sup>268</sup> CÁMARA CHILENA DE LA CONSTRUCCIÓN, *Balance de la infraestructura en Chile*, cit., p. 8-9 (traduzione propria).

In tale contesto, il settore bancario sembra assumere un rilievo diverso: è certamente ancora primario, ma non indifferente ai cambiamenti avvenuti. È in corso un processo di riassetamento del ruolo delle banche e delle modalità con cui queste concedono fondi destinati alla concessione di opere pubbliche.

Questo andamento è coerente con lo scenario internazionale. Il Wef, ad esempio, rileva che “[f]rom 1999 to 2009, commercial banks provided an estimated 90% of all private debt, with large banks in developed countries acting as a major source of financing to emerging markets. However, the financial crisis and the regulations that ensued have been changing the banking system’s role in infrastructure finance” (figura 8).

Figure 5: Evolving Infrastructure Debt Landscape



Source: World Economic Forum

Figura 8. Cambiamento del ruolo delle banche in ambito internazionale. Fonte: WEF.

Il rendimento, per le banche, è effettivamente divenuto minore, come emerge dal grafico seguente (figura 9), che ben si adatta anche a mercati “emergenti” come il Cile. Infatti, “[i]mpending Basel III regulations will increase the capital charges against long-term infrastructure loans, decreasing their profitability; bank

Figure 6: Global Project Finance Bank and Bond Debt <sup>22</sup>

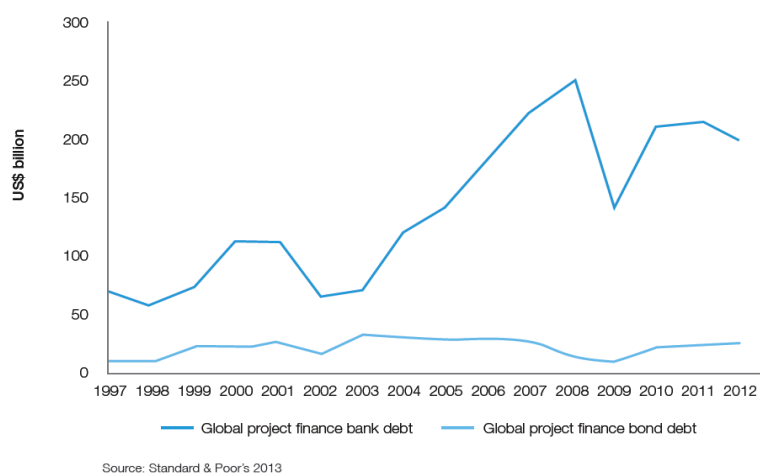
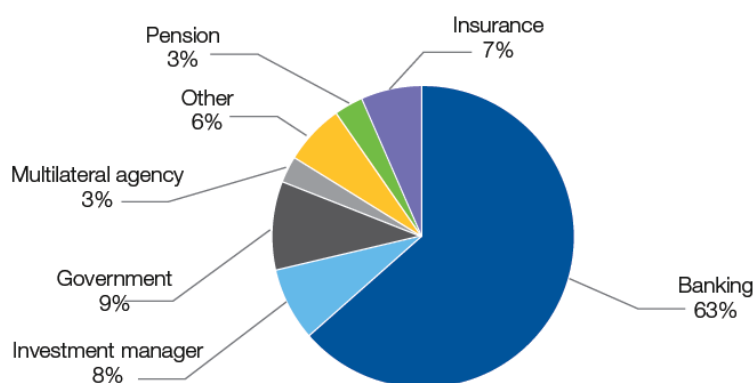


Figura 9. Bank debt and Bond debt. Fonte: WEF

*executives are increasingly wary of funding long-term, illiquid assets*<sup>269</sup>.

Questi fattori, che hanno ridotto i prestiti destinati a finanziare i progetti nella misura del 30% (dal 2011 al 2012) “*have caused banks to scale back infrastructure loans, raise lending rates 24 and – perhaps most critically for project finance – shift to shorter maturities*”. Ne consegue che il debito bancario continuerà a giocare un ruolo centrale (*figura 10*); ciononostante, anche “*altre fonti*” dovranno essere ricercate per le risorse supplementari e per i prestiti di lungo periodo<sup>270</sup>.

Figure 8: Global Project Finance Volume by Funding Institution, Jan 2012 to Jan 2013<sup>44</sup>



Source: Standard & Poor's

Figura 10. Finanziamenti infrastrutturali a livello globale. Fonte: WEF e S&P's

I settori bancario e assicurativo godono di un solido ancoraggio normativo, come emerge da alcuni particolari delle leggi adottate in materia.

Così, la legge sul sistema bancario (*Ley General de Bancos*), è stata modificata per aumentare il tetto massimo dei crediti che possono essere concessi alla stessa persona fisica o giuridica, in relazione al capitale e alla riserva della istituzione finanziaria interessata. In modo parallelo, sono state modificate le leggi sui fondi pensione e del settore assicurativo (al fine di aumentare la possibilità di investire nelle opere pubbliche), nonché la legge sui valori, per consentire l'assicurabilità delle sovvenzioni dello Stato ai concessionari<sup>271</sup>.

L'effetto è stato sortito: uno degli strumenti più utilizzati consiste nella obbligazione di infrastruttura (*Bono de Enfraestructura*), uno strumento introdotto

<sup>269</sup> WEF, *Infrastructure Investment Policy Blueprint*, cit., p. 13.

<sup>270</sup> *Ibidem*.

<sup>271</sup> Considerando, a tal fine, i flussi di cassa della singola concessione.

nel 1998, che permette il rifinanziamento del debito, attraverso uno strumento emesso dallo stesso concessionario, che stimola la partecipazione di fondi istituzionali. Lo strumento, fino al 2009, ha consentito il finanziamento di US \$ 4.200 mln<sup>272</sup>; rappresenta il 55% del debito complessivo contratto dalle imprese del settore, nonché il 20% del mercato dei titoli a rendita fissa<sup>273</sup>. Le partecipazioni, peraltro, confermano quanto appena rilevato, vale a dire la prevalenza di acquisizioni dei fondi pensione e delle imprese di assicurazione che, nel complesso, rappresentano l'85% degli investitori. Da notare, infine, che il collocamento di tali obbligazioni sul mercato ha sempre trovato una risposta positiva (*figura 11*)<sup>274</sup>.

Fecha	Emisor	Grado	Años	Monto (UF)	Monto MMUSD	Tasa colocación	Margen
01-11-1998	Talca-Chillán	AAA	9,0	4.821.000	170	8,80%	1,50%
01-06-2001	Ruta de La Araucanía	AAA	20,0	7.341.240	258	7,42%	1,12%
01-02-2001	Autopista del Bosque	AAA	20,5	7.801.000	274	6,37%	1,08%
01-04-2002	Rutas del Pacífico	AAA	23,0	10.424.000	367	6,02%	1,13%
01-05-2002	Autopista del Sol	AAA	16,0	5.540.000	195	6,35%	1,47%
01-04-2003	Los Libertadores	AAA	14,0	2.069.000	73	5,78%	0,93%
01-04-2003	Los Libertadores	AAA	7,0	1.550.000	55	4,00%	1,37%
01-07-2003	Variante Melipilla	A-	21,8	660.000	23	6,49%	2,64%
01-12-2003	Autopista Central	AAA	23,0	13.000.000	457	5,30%	0,69%
01-12-2003	Costanera Norte	AAA	21,0	7.800.000	274	5,67%	0,56%
01-12-2003	Costanera Norte	AAA	12,0	1.700.000	60	5,22%	0,87%
01-06-2004	V. Norte Express	AAA	24,5	16.000.000	563	5,22%	0,60%
01-10-2004	Autopista del Maipo	AAA	21,0	5.700.000	200	4,69%	0,39%
01-11-2004	Vespucio Sur	AAA	24,0	4.980.000	175	4,60%	0,44%
01-11-2004	SCL	AAA	15,0	2.960.000	104	4,19%	0,59%
01-07-2005	Talca-Chillán	AAA	14,5	5.650.000	199	3,04%	0,70%
29-09-2005	Cárceles 3	AAA/A	11,5	4.140.535	146	3,50%/	1,12%/
						4,16%	1,78%
01-01-2006	Autopista Interportuaria	A+	24,5	990.000	35	4,25%	1,75%
01-06-2006	Autopista del Sol	AAA	12,0	970.000	34	4,15%	0,70%
01-10-2006	Talca-Chillán	AAA	15,5	1.124.000	40	3,30%	0,47%
01-11-2006	Autopista del Bosque	AAA	18,0	1.500.000	53	3,36%	0,54%
01-12-2006	Autopista del Maipo	AAA	24,0	6.000.000	211	3,51%	0,66%
01-01-2007	Los Libertadores	AAA	18,0	1.199.000	42	3,26%	0,46%
	Total			113.919.775	4.006		

UF: Unidades de fomento.

Fuente: Superintendencia de Valores y Seguros y Banco Central de Chile, 2009.

*Figura 11. Collocamento dei “buoni di infrastruttura”. Fonte: KRISTJANPOLLER RODRÍGUEZ e DÍAZ ANTILLANCA*

È grazie a questi strumenti che il settore, nonostante i fattori critici del macrosistema, dimostra ancora vitalità: secondo i dati del Ministero, nel 2013 sono

<sup>272</sup> J. TORO SEPEDA, *Experiencia Chilena de Concesiones y Asociaciones Público-Privadas para el Desarrollo de Infraestructura y la Provisión de Servicios Público, Informe final del PROGRAMA PARA EL IMPULSO DE ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS EN ESTADOS MEXICANOS (PIAPEM)*, 2009, p. 90-93.

<sup>273</sup> J. MUNITA VALDIVIESO, *Una mirada al desarrollo de la infraestructura en Chile*, aprile 2013, p. 10 ([http://www.asobancaria.com/portal/page/portal/Eventos/eventos/XXV\\_SIMPOSIO/Tab5/09\\_Jaime\\_Munita\\_Valdivieso.pdf](http://www.asobancaria.com/portal/page/portal/Eventos/eventos/XXV_SIMPOSIO/Tab5/09_Jaime_Munita_Valdivieso.pdf)).

<sup>274</sup> I dati e la tabella sono tratti da W. KRISTJANPOLLER RODRÍGUEZ, J. DÍAZ ANTILLANCA, *Una Nueva Estructura De Garantías Para Los Bonos Chilenos De Infraestructura*, in *Revista de Economía Institucional*, vol. 13, n. 25, 2011, p. 280.

state avviate nove grandi opere, precedentemente contrattualizzate, per una durata prevista dei lavori compresa tra i due e i cinque anni. I finanziamenti dei contratti stipulati sono dunque la prova del persistente interesse per le opere pubbliche (figura 12).



Figura 12. Inverimenti. Fonte: MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS.

Altre disposizioni legislative, di portata minore, operano nello stesso senso.

In tema di cessione del contratto, ad esempio, l'art. 21 della Lecop prevede che la necessaria autorizzazione del Ministero è *sempre concessa* allorché la cessione in garanzia sia prestata a favore di un organismo finanziario, purché posto sotto la supervisione delle sovrintendenze delle banche e delle istituzioni finanziarie (*Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras*), dei valori e delle assicurazioni (*Valores y Seguros*), dei fondi di investimento (*Fondos de Inversión*) o, infine, dei fondi pensione (*Fondos de Pensiones*), presenti nel Paese in maniera sempre più frequente dopo la “crisi bancaria” cilena del 1981 e la successiva riforma, prima citata. Un evidente segnale di integrazione del settore al governo della finanza privata.

L'art. 109 del regolamento di organizzazione del ministero (il citato decreto n. 850/1997) dispone, poi, che la cauzione prestata per l'adempimento dei contratti



deve costituirsi mediante garanzia bancaria. Tuttavia, i funzionari possono accettare, previo parere favorevole della direzione fiscale del ministero (la ricordata *Fiscalía*), garanzie concesse da compagnie di assicurazioni, a patto che le polizze contengano le medesime condizioni di sicurezza, coprano gli stessi costi e le stesse responsabilità e possano essere attuate con la stessa rapidità delle garanzie bancarie. Al fine di favorire l'equivalenza degli strumenti, la Sovrintendenza dei valori e delle assicurazioni (*Superintendencia de Valores y Seguros*) può autorizzare le compagnie di assicurazione a concedere tali garanzie, nella forma indicata, includendo nelle polizze anche le multe stabilite nei contratti di concessione (per i casi di inadempimento).

Il direttore della Direzione delle opere pubbliche, infine, può contrattare prestiti con istituti di credito per avviare l'esecuzione di strade, ponti ed altre opere connesse alla viabilità, a condizione che il soggetto interessato si obblighi a restituire il dovuto mediante un contratto stipulato con l'amministrazione finanziaria e lo stesso istituto di credito. Ai crediti concessi sono applicati le medesime condizioni e gli stessi privilegi delle *contribuciones territoriales* (*contribución territorial*, imposte dirette che ricadono su beni e terreni stabiliti dalle norme fiscali). In tal modo, si assicura al fisco l'eventuale recupero delle somme, attraverso il ricorso a strumenti propri dei crediti dello Stato (art. 29 del decreto n. 850/1997).

4.2.3 *Gli investimenti stranieri.* Lo sviluppo del settore è stato garantito dall'apertura del Paese ai capitali stranieri.

In materia, è considerata centrale la presenza di una particolare norma, il decreto-legge n. 600/1974, adottato un anno dopo il *golpe* dell'11 settembre 1973. Il modello è considerato ancora valido, in quanto garantisce un elevato livello di stabilità per gli investitori stranieri, cui viene offerto un quadro regolatorio certo e affidabile. Il decreto consente alle imprese che investano più di 50 milioni di US \$ di accedere a un meccanismo di regolazione stabile, mediante un meccanismo di *opt-in*, in base al quale si stipula un *contratto con lo Stato* e si dispone *la tendenziale stabilità delle condizioni regolatorie e fiscali per un periodo di 20 anni*. In cambio di questo trattamento favorevole, l'aliquota applicata al privato viene fissata nella misura del 42%, invece dell'ordinario 35% (art. 11-*bis*).

L'investitore straniero può accedere a tutti i settori economici, senza restrizioni; ad esso si applica il principio di *non discriminazione*, in base al quale riceve lo stesso trattamento degli investitori cileni (art. 9). Qualora alcune delle

regole applicabili risultino comunque discriminatorie, si applica uno specifico rimedio amministrativo: l'investitore, infatti, può presentare ricorso al *Comitato per gli investimenti stranieri (Comité de Inversiones Extranjeras)*, che entro il termine di sessanta giorni deve pronunciarsi sul merito della domanda, adottando misure amministrative volte a eliminare il suddetto effetto discriminatorio<sup>275</sup>.

Secondo i dati del Governo cileno, al 2011 gli investimenti stranieri nel Paese ammontavano a circa US\$ 82 mld; di questi, più della metà, vale a dire il 56%, sono stati effettuati attraverso l'applicazione del d.l. n. 600/1974. Più in dettaglio, l'ammontare di investimenti stranieri diretti (*Inversión Extranjera Directa, Ied*) ha raggiunto, tra il 2010 e il 2012, la somma di US \$ 68.600 mln; una cifra superiore, nella misura del 42%, ai complessivi US \$ 48 mln registrati nell'intero periodo compreso tra il 2006 e il 2009.

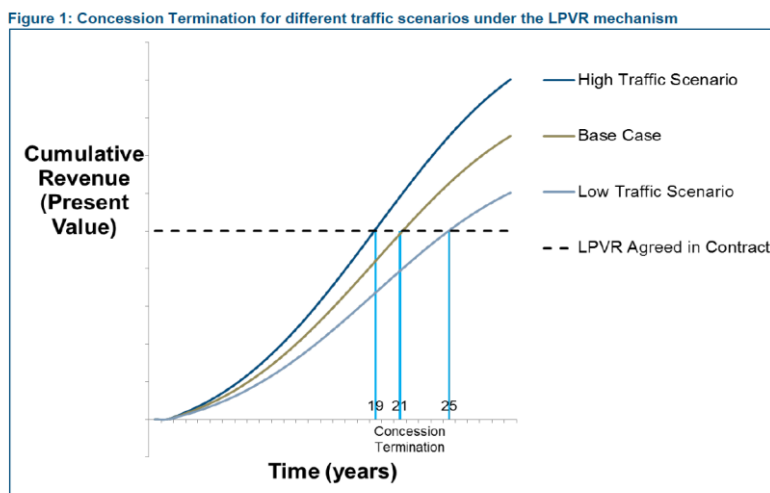


Figura 13. Chile's "Least Present Value of Revenues" Toll Road Model November 2013.

Nel 2012, vi è stato il picco più alto, pari a US \$ 30.323 mln, con un tasso di aumento del 32% rispetto al 2011. Si consideri che, nell'America Latina, il tasso medio di crescita annuale degli investimenti è del 6,7%; inoltre, nello stesso

periodo, gli investimenti stranieri a livello mondiale sono diminuiti del 13%<sup>276</sup>.

Il decreto, conseguentemente, è stato un elemento centrale anche nel concepire la riforma della legislazione del settore delle concessioni, in ordine alla quale è stato infatti tenuto in seria considerazione.

Vi sono, poi, altri strumenti specifici, usati dall'amministrazione per stimolare e tutelare gli investimenti. Ad esempio, il Cile utilizza la metodologia *Least Present Value of Revenues (LVRP)* per diversi progetti di infrastrutture stradali: tale

<sup>275</sup> COMITÉ DE INVERSIONES EXTRANJERAS, *¿Qué es el Decreto 600?*, disponibile all'indirizzo <http://www.ciechile.gob.cl/en/dl-600/que-es-el-dl600/>.

<sup>276</sup> COMITÉ DE INVERSIONES EXTRANJERAS, *Panorama general*, su <http://www.ciechile.gob.cl/es/inversion-en-chile/panorama-general/>.

strumento consente agli investitori di essere compensati della differenza tra l'offerta vincente e il rendimento dell'opera. Il contratto è aggiudicato all'offerente che offre il valore minimo attuale dei ricavi accumulati (vale a dire l'importo più basso di riscossione dei pedaggi che sarà incassato dal contraente) scontato in base ad un tasso di sconto previamente fissato. In base a questo meccanismo, dunque, i ricavi sono attualizzati secondo un tasso di sconto che riflette il costo medio ponderato del capitale del progetto, come si vede dallo schema che segue (figura 13). L'insieme di questi fattori pone il Cile all'11° posto della scala internazionale dei Paesi con maggiori investimenti stranieri (figura 14). Il settore delle costruzioni e dei trasporti raggiungono, nell'insieme, il 4,1% delle somme totali (figura 15).

#### 20 principales Receptores de Inversión, 2012 (US\$ miles de millones)

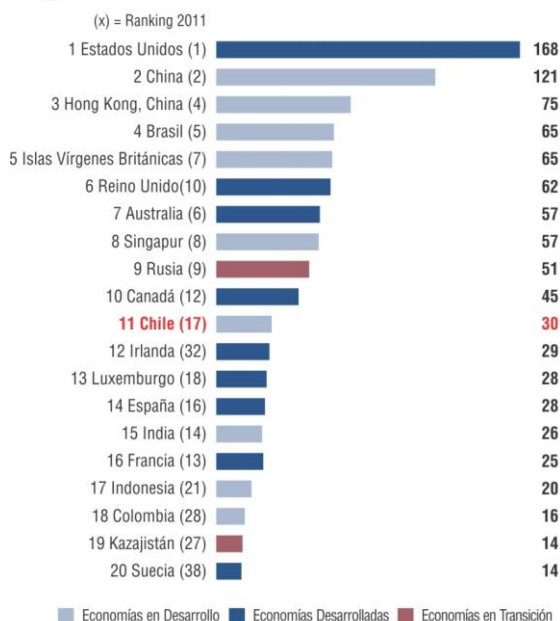
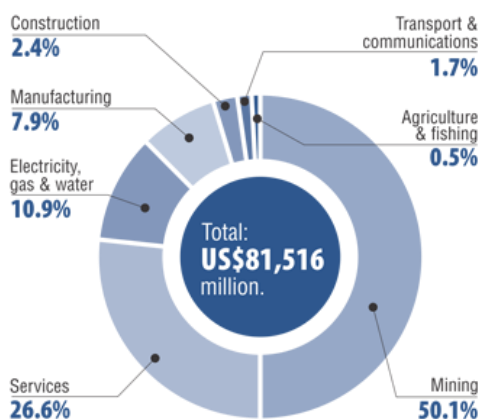


Figura 14. Paesi con maggiori investimenti stranieri.

Fonte: Governo Cileno/UNCTAD

#### FDI IN CHILE, 2009-2012 (By sector)



Source: Central Bank of Chile (www.bcentral.cl).

Figura 15. I settori interessati dagli investimenti stranieri, 2009/12. Fonte: Comitato per gli investimenti stranieri e Banca centrale del Cile.

Il settore delle costruzioni e dei trasporti raggiungono, nell'insieme, il 4,1% delle somme totali (figura 15).

4.2.4. *Altre forme incidentali.* Si possono citare, infine, altre forme di finanziamento. In ambito di viabilità, il decreto n. 850/1997 autorizza il Presidente della Repubblica a contrattare *direttamente* prestiti interni o esterni per la realizzazione delle opere e il loro funzionamento (art. 43). Ferma restando la possibilità di intervento del Presidente, normalmente è il Direttore della Viabilità (la direzione del Ministero) a contrattare i prestiti necessari per l'avanzamento dei lavori (con provvedimenti che richiedono, altresì, la

firma del Ministro delle Finanze: art. 43, comma 4, del decreto).

Ai sensi dell'art. 42 del citato decreto di organizzazione e funzionamento del ministero (decreto n. 850/1997), le opere viarie sono finanziate anche dai fondi provenienti dalla riscossione delle contravvenzioni, nonché dall'affitto dei macchinari del servizio.

Si aggiunga che attraverso i prestiti è possibile finanziare lo stesso ministero, ai fini dello svolgimento delle sue funzioni istituzionali (art. 74 decreto n. 850/1997). Infine, si può segnalare una forma parallela, di "auto-finanziamento" della struttura ministeriale: l'art. 75 del decreto n. 850/1997 stabilisce, infatti, che il Presidente della Repubblica può stabilire pedaggi su strade, ponti e gallerie per finanziare le stesse attività istituzionali del Mop.

A ciò si aggiunge il collegamento finanziario tra centro e periferia. In particolare, i Segretari regionali devono mettere a disposizione dei servizi operativi settoriali (che dipendono dal ministero) i fondi del bilancio regionale, accantonati conformemente alle istruzioni del responsabile, per il compimento dei programmi di opere pubbliche. Lo snodo finanziario tra centro e periferia non si ferma ad un meccanismo di trasferimento di risorse da parte dello Stato centrale; al contrario, passa anche attraverso la funzionalizzazione dei fondi, già allocati alle regioni, a favore delle amministrazioni centrali che abbiano bisogno di portare a compimento il programma di realizzazione di opere pubbliche (art. 61, comma 9, decreto n. 850/1997). La scelta dei Segretari non è autonoma, ma si basa sulle istruzioni del soprintendente di finanza.

Sono previsti finanziamenti anche in caso di obblighi di riforestazione e rimboscamento: ai sensi dell'art. 92 del decreto n. 850/1997, infatti, le opere che comprendano simili attività devono essere sottoposte, dalla *Direzione generale delle opere pubbliche* al *Dipartimento dei boschi, presso il Ministero dei beni nazionali (Departamento de Bosques del Ministerio de Bienes Nacionales)*, affinché compia uno studio sulle modalità di esecuzione compatibili con tale fine. In tal caso, la Direzione mette a disposizione del citato dipartimento i fondi necessari.

## 5. Le modalità di affidamento

5.1 *Caratteri generali.* L'impianto normativo del settore è improntato alla libertà di commercio, dei prodotti e delle merci; alla libera circolazione dei capitali e dei lavoratori; alla libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi.

Il sistema complessivo, quindi, si configura attraverso i metodi Bot (*build, operate and transfer*) o Dbot (*Design, Build, Operate e Transfer*). Entrambi sono concepiti al fine di coinvolgere il settore privato nella progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche. In particolare, distribuendo i rischi a seconda delle diverse fasi (costruzione, sfruttamento, ecc.), si stimola la formazione di schemi associativi, che facilitino finanziamenti e alleanze strategiche degli interessati sul lungo periodo (mediante la formazione di consorzi), garantendo il patrimonio conoscitivo, le capacità tecniche, l'esperienza e l'innovazione tecnologica necessari alla realizzazione dell'opera.

Il modello cileno tende ad assicurare un reddito superiore agli investimenti, per quanto riguarda la realizzazione, la manutenzione e il funzionamento dell'opera; esso, come visto, affianca all'intervento privato quello pubblico, realizzato soprattutto attraverso l'emissione di titoli di debito. Inoltre, la proprietà della costruzione resta pubblica, mentre si riversano sul concessionario la gestione e gli introiti connessi al suo sfruttamento, come i pedaggi.

Le gare, ai sensi della legge, sono nazionali o internazionali. È fortemente ricercata l'evidenza pubblica; negoziazioni e trattative private costituiscono un modello recessivo, se non una eccezione. Alle gare possono partecipare persone fisiche o giuridiche (art. 4, Lecop), nonché imprese costituite in gruppi (art. 15, comma 1, Recop). L'amministrazione competente è il Ministero delle opere pubbliche, cui vanno presentate le domande (art. 2, Lecop). Per lo svolgimento delle procedure è previsto un termine generale di un anno.

Nella prassi, le fasi si svolgono, generalmente, entro i tempi previsti; in alcuni casi, però, anche in base ai caratteri dell'opera e all'andamento della procedura, si registra una durata superiore, come avvenuto per progetti di particolari complessità (si v. l'*Appendice*, caso n. B.2, *Amerigo Vespucci*).

5.2. *Atti preparatori.* È il Ministero a scrivere il bando (*base de licitación*) su cui si innesta lo svolgimento della procedura. Nell'indire una gara, si possono tenere in considerazione elementi tecnici e finanziari, tra cui la struttura tariffaria e

la sua rimodulazione nel corso dell'esecuzione del provvedimento concessorio, il sussidio offerto dallo Stato, gli introiti garantiti a quest'ultimo.

Il Dicastero può anche introdurre una fase preliminare, detta di *pre-qualificazione* (*llamado precalificación de licitante*): si tratta di una richiesta a presentare una manifestazione di interesse, finalizzata alla individuazione del soggetto idoneo alla realizzazione di una particolare opera (art. 6-*bis*, par. 1, della Lecop, come modificato nel 2010).

A tal fine, il Ministero può stabilire particolari requisiti, purché siano uniformi, obiettivi e ragionevoli; possono riferirsi solo ad aspetti giuridici, di capacità tecnica o finanziaria, a precedenti esperienze che dimostrino l'*expertise* del concorrente o, infine, al "*cumplimiento histórico*" delle norme poste a tutela del lavoro e della sicurezza sociale. Per opere di particolare complessità (come autostrade, aeroporti, ospedali ecc.), possono essere introdotti anche requisiti ulteriori, purché non siano arbitrari e rispettino il principio di parità di trattamento tra concorrenti (art. 6-*bis*, comma 2, Lecop).

Tutti gli atti della fase di pre-qualificazione sono preventivamente comunicati al Ministero delle Finanze, che può pronunciarsi in merito entro il termine di trenta giorni (art. 13, comma 2, Recop).

Quando il bando viene pubblicato, viene chiarita la materia o l'oggetto della concessione, il termine e il luogo per il ritiro degli atti, l'ora e il luogo per la consegna delle offerte tecnica ed economica. Il bando, unitamente ad un dettagliato *piano degli investimenti*, deve essere trasmesso al Ministero delle Finanze, che dispone di trenta giorni per pronunciarsi in merito, dopo di che gli atti si intendono approvati (è lo stesso meccanismo che si applica in sede di *pre-qualificazione*). Si aggiunge, in questo caso, un onere comunicativo al Presidente della Repubblica che, in quanto capo del Governo, deve avere a disposizione un documento riassuntivo dei caratteri dell'opera e del piano di finanziamento<sup>277</sup>.

**5.3 Clausole e requisiti di partecipazione.** Il bando contiene alcune informazioni essenziali circa l'opera da realizzare, i corrispettivi, gli adempimenti imposti al concessionario. Essi sono indicati, in generale, dall'art. 7 della Lecop.

I bandi normalmente prevedono l'inserimento di parametri oggettivo, che consente una quantificazione delle opere da realizzare e che consentono

---

<sup>277</sup> Così, per le opere situate ai confini del Paese, è previsto il parere del Consiglio di sicurezza nazionale (*Consejo de Seguridad Nacional*), ai sensi dell'art. 14, comma 3, *lett. b*), Recop.

l'aggiudicazione in relazione all'offerta più vantaggiosa<sup>278</sup>. Il primo bando indetto dopo la riforma del settore (il tunnel “*El Melon*”) si basava su più elementi – in particolare, facendo ricorso alla media tra sette variabili, inclusi la tariffa e i pagamenti offerti allo Stato<sup>279</sup>. Successivamente, il meccanismo è cambiato, nel senso di ricercare una maggiore semplificazione e attribuire, appunto, un peso determinante all'offerta più bassa (soprattutto legata all'offerta tariffaria). Allo stesso tempo il Ministero ha successivamente introdotto anche elementi di valutazione maggiormente variegati, essendosi reso conto del fatto che offerte troppo basse celavano spesso il rischio di instabilità finanziaria del partecipante alla gara<sup>280</sup>.

I sussidi, in forme particolari e addizionali al finanziamento indicato dal privato, possono essere previsti solo in casi specifici, qualora la parte privata non raggiunga un livello accettabile di sostenibilità dell'opera in base al sistema tariffario e, comunque, in misura non superiore al 30% del finanziamento privato. In alcuni casi, tale possibilità viene prevista direttamente nel bando, mentre generalmente viene valutata dal Ministero in fase esecutiva. Vi sono state anche soluzioni ibride, adattate al caso, come avvenuto con la *Ruta 5*, composta da otto tratte diverse (*supra*, § 1) ma funzionalmente collegate: in tal caso, infatti, i tratti estremi dell'autostrada (in senso geografico), che si rivelavano da subito deficitari, sono stati compensati con quelli a maggiore rendimento.

Un particolare requisito relativo al “pagamento dei beni o diritti” (art. 7, comma 1, *lett. d*), *Lecop*), può essere inserito nel bando solo nei casi in cui il servizio sia prestato a condizioni concorrenziali, all'interno del mercato rilevante. L'inserimento di questa clausola nel bando è subordinato ad un onere di motivazione rafforzata in capo al ministero. Le passività derivanti da tali voci sono imputate all'aggiudicatario e non alla società concessionaria (che, come si vedrà, deve essere necessariamente istituita per stipulare il contratto concessorio). In questo modo, si evita che quanto avvenuto in sede di gara possa influenzare, in modo distorsivo, la gestione tecnica ed economica sul bene oggetto di concessione.

---

<sup>278</sup> È da segnalare, comunque, che la normativa richiede al concorrente di specificare, tra l'altro: il termine; le tariffe, la metodologia per il loro adeguamento e il sistema di revisione delle stesse (*lett. g*); i sussidi richiesti; le *forme di pagamento allo Stato*, nel caso in cui quest'ultimo consegni beni o diritti destinati ad essere utilizzati con la concessione (*lett. d*); i *ricavi garantiti allo Stato* (*lett. e*); caratteristiche ambientali ed ecologiche – come rumore, bellezza e rapporto con la natura circostante (*lett. k*). Nel bando viene indicato se la costruzione dell'opera e il relativo finanziamento siano realizzati in un'unica *tranche* o, al contrario, se siano frazionati; in tal caso, vengono parametrati al grado di prestazione dei servizi (art. 17, comma 1, *lett. n*), e art. 53, *Recop*).

<sup>279</sup> A. GÓMEZ-LOBO, S. HINOJOSA, *Broad Roads in a Thin Country. Infrastructure Concessions in Chile*, Oxford, United Kingdom and Department of Economics and Santiago, University of Chile, January 2000, p. 7.

<sup>280</sup> *Ivi*, p. 9.

Il meccanismo descritto ha una origine pratica. In precedenza, infatti, veniva utilizzata una clausola di trasferimento avente ad oggetto non beni e diritti, ma *opere pre-esistenti*, indicando l'ammontare che doveva essere corrisposto dall'offerente. In tali casi, l'imputazione delle passività andava a incidere nel bilancio della società concessionaria: ne derivavano offerte spesso aggressive, che hanno generato risultati negativi, in termini gestionali e di difficoltà di finanziamento; di qui, il ricorso al nuovo sistema, che come appena indicato non ascrive le passività alla concessionaria, ma all'aggiudicatario, rendendo quest'ultimo direttamente responsabile dell'offerta presentata ed evitando che eventuali comportamenti "aggressivi" si riversino su un soggetto giuridicamente distinto, come la concessionaria<sup>281</sup>.

In alcuni casi, soprattutto per la viabilità extraurbana, viene inserita la clausola "*Ricavi totali della concessione*" (*Ingresos Totales de la Concesión*, Itc); in tal caso, a differenza di tutti gli altri fattori, il termine diventa *variabile*. Più in dettaglio, ciò significa che il termine viene indicato, ma la concessione può terminare anche nel momento in cui la società raggiunga la somma dei ricavi determinata in sede di offerta – cosa che avviene qualora la domanda del servizio connesso all'opera sia maggiore di quella sperata<sup>282</sup>.

È da segnalare, poi, che le tariffe, elemento chiave della remunerazione dell'investimento privato, devono intendersi come *tariffe massime*: l'offerente, infatti, può successivamente, ridurle. Le tariffe sono disciplinate diversamente a seconda del tipo di veicolo (*vector tarifario*), anche se la differenziazione non deve essere discriminatoria e deve comunque ricadere entro i limiti massimi; inoltre, si procede ad un assestamento periodico (*reajuste tarifario*), all'inizio di ogni anno e, comunque, qualora l'inflazione superi il valore del 15%. Le tariffe, infine, devono essere pubbliche e le variazioni devono essere comunicate con almeno quindici giorni di anticipo.

Quanto ai requisiti di partecipazione, l'art. 16, comma 1, del Recop dispone circa la onorabilità dei partecipanti. In particolare, la persona fisica o gli amministratori della persona giuridica interessata non devono aver subito condanne penali; in tal caso, possono essere ammessi solo una volta, trascorsi due anni dall'espiazione della pena. Analogamente, il comma 3 dell'articolo dispone che gli stessi soggetti non devono essere colpiti da inabilità particolari, come quella connessa a gravi inadempimenti di precedenti contratti concessori (*infra*, par. 8).

---

<sup>281</sup> J. TORO SEPEDA, *Experiencia Chilena de Concesiones y Asociaciones Público-Privadas para el Desarrollo de Infraestructura y la Provisión de Servicios Público*, cit., p. 45.

<sup>282</sup> J. TORO SEPEDA, *Experiencia Chilena de Concesiones*, cit., p. 46.



Le concorrenti che rispondono ai requisiti richiesti possono presentare l'offerta, che si divide in tecnica ed economica.

Nell'offerta tecnica sono indicati l'esperienza e i precedenti lavori realizzati, nonché il rispetto dei requisiti di natura tecnica (art. 19, comma 2, Recop). Deve essere presentata, a tal fine, una scrittura pubblica contenente i dati di costituzione della società, l'oggetto sociale, i poteri del rappresentante legale (art. 20, comma 1, punto I.A, *lett. a*).

Per le persone giuridiche straniere, è richiesta la presentazione di scritture che documentino la conformità dell'atto di costituzione a quanto previsto nel paese d'origine, nonché l'atto che indichi i poteri del rappresentante legale (legalizzati ai sensi dell'art. 345 del Codice di procedura civile cileno – *Código de Procedimiento Civil*<sup>283</sup>). Inoltre, è richiesto un parere (*informe jurídico*) che sintetizzi le attività della società dalla sua costituzione, indicando data di costituzione, modifiche, oggetto, capitale (art. 20, comma 3).

Sono richieste, poi, una dichiarazione giurata e le garanzie eventualmente stabilite nel bando (si v., in merito, quanto evidenziato *supra*, § 4). La dichiarazione giurata concerne la sussistenza dei requisiti, l'assenza di impedimenti e l'assunzione dell'obbligo di rispettare tutte le clausole del bando e della successiva concessione. Infine, la persona fisica o giuridica facente parte di un gruppo deve dichiarare di non essere contemporaneamente parte di altro gruppo che partecipi alla stessa gara (art. 20, comma 1, punto I.A, *lett. b*), Recop).

Per lo svolgimento della procedura, è previsto un istituto analogo al *soccorso istruttorio*, in base al quale il Direttore generale dei lavori pubblici, in presenza del visto del Ministro, può sollecitare agli offerenti, fino al momento di apertura dell'offerta economica, rettifiche per errori o omissioni, al fine di *chiarire e precisare* il corretto significato e la portata dell'offerta, evitandone l'esclusione per motivi *meramente formali*.

Ogni chiarimento circa il significato delle clausole o la preparazione dei documenti, infine, può essere indirizzato dal Direttore generale dei lavori pubblici (art. 17, comma 2, Recop).

Importantissimi, infine, i casi di realizzazione di autostrade urbane. In tali casi, infatti, il Ministero dei Lavori Pubblici elabora le condizioni del bando e i dettagli ingegneristici, definendo l'insieme dei lavori in relazione a condizioni

---

<sup>283</sup> La norma richiede, sostanzialmente, il carattere pubblico del documento, la verifica dell'autenticità delle firme dinanzi un rappresentante diplomatico cileno (o di una nazione alleata: "*amiga*") accreditato nel Paese d'origine della società (art. 345, comma 2, n. 1 e 2) o, viceversa, di un diplomatico del Paese d'origine della società accreditato in Cile (art. 354, comma 2, n. 3).

particolarmente complesse, come quelle connesse al miglioramento di impianti stradali già esistenti e inseriti in tessuti urbani già definiti. La realizzazione delle opere è favorita, in particolare, da un meccanismo di tariffa incrementale, che tende a compensare il privato della particolare complessità dei lavori da eseguire. Il tema è particolarmente rilevante, tanto che il Govern, ad agosto 2014, ha stanziato circa \$28.000 mln fino al 2021: si tratta di opere di dimensioni enormi (paragonabili al nuovo aeroporto di Santiago), che comportano un difficile adeguamento della infrastruttura esistente e che sono particolarmente sentite in quanto destinate a migliorare la qualità del traffico cittadino. Di qui la particolare attenzione prestata al tema dalle imprese, che sono compensate della realizzazione di tali imponenti lavori attraverso un sistema tariffario, come detto, di tipo incrementale: viene preso in considerazione un riallineamento del *Consumer Price Index* (CPI) degli ultimi 12 mesi, e un aumento massimo reale del 3,5 %. Ciò consente di remunerare in maniera progressiva e crescente l'impegno iniziale assunto dal privato. Tra le opere in costruzione, si segnalano la *Amerigo Vespuccio Oriente*, la *Costanera Central* (si v. l'*Appendice* al presente capitolo e l'*Allegato* al volume).

5.4 *Presentazione e valutazione delle offerte.* A ricevere le offerte con atto pubblico, nel giorno e nell'ora stabiliti nel bando, è una *Commissione di apertura*, composta dal Direttore dei lavori pubblici e dal capo del servizio interessato dall'opera, nonché dal Segretario regionale del ministero, oppure da loro rappresentanti. Il bando può prevedere membri aggiuntivi (art. 21, comma 3, Recop).

Ai fini di valutazione delle offerte, invece, viene nominata dal ministero una *Commissione di valutazione*, diversa dalla precedente. La composizione *minima* prevista dal Regolamento prevede professionisti che rappresentano il direttore generale, il capo del servizio interessato (sempre in base all'opera da realizzare), e il Ministro dei lavori pubblici, cui si aggiunge un membro designato dal Ministro delle finanze. Anche in questo caso la composizione può essere ampliata dal bando di gara (art. 22, comma 1, Recop).

Le valutazioni della Commissione non sono predeterminate dal regolamento, e vanno da 1 a 7 (da inaccettabile a eccellente: art. 24 Recop). La valutazione dell'offerta tecnica, come indicato, può essere oggetto di soccorso istruttorio, su sollecitazione sia della Commissione che del Direttore, purché vi sia il visto del Ministro.

Successivamente, si passa all'apertura, in seduta pubblica, dell'offerta economica, che viene valutata sulla base dei requisiti dell'opera indicati nel bando (art. 26 Recop). La prassi indica che i criteri utilizzati sono stati diversi e che vi è stata una evoluzione nel modo di procedere del Ministero.

In particolare, nella prima fase di applicazione della legge, sono stati considerati tutti i fattori indicati dall'art. 7 della Lecop. Ciò è avvenuto, ad esempio, con il tunnel *El Melón* (la prima concessione rilasciata dopo la riforma), per il quale l'utilizzo simultaneo di più criteri ha comportato una notevole difficoltà in fase decisoria, anche in considerazione della complessità dell'opera (del valore di 42 mln di dollari); inoltre, in quel caso non è stata applicata la fase di pre-qualificazione, e ciò ha comportato un minore sviluppo dei dettagli offerti dal Ministero ai partecipanti.

In una seconda fase, sono stati aggiudicati progetti di valore maggiore, tra cui la prima autostrada realizzata su un tracciato interamente nuovo (*Acceso Norte a Concepción*); si è comunque proceduto senza pre-qualificazione. In questi casi, è stata considerata l'entità della tariffa, anche se con metodi variabili. Infatti, per alcune concessioni è stata considerata la differenza tariffaria rispetto al valore massimo stabilito (come avvenuto per la strada *Talca Chillán*). Per altre, l'entità è stata "scontata" in base alle caratteristiche tecniche dell'offerta (come avvenuto con l'accesso nord alla città di *Concepción*). Nei casi in cui la rendita non sembrava sufficiente, è stata considerata la possibilità di spalmare il costo su due periodi distinti, aumentando il tetto della tariffa per quello superiore alla durata originaria della concessione, sempre entro i limiti stabiliti negli atti di gara (*Santiago-Los Vilos*).

In una terza fase, si è iniziato a fare ricorso alla pre-qualificazione; i progetti, infatti, sono divenuti ancora più complessi (come la *Ruta 5*, di lunghezza complessiva pari a 1.500 km) e le procedure di valutazione hanno condotto a considerare fattori molteplici e nuovi. Ad esempio, è stata privilegiata l'uniformità della tariffazione, come avvenuto con la *Ruta 5*: essendo quest'ultima, come già anticipato, composta di otto progetti in sé autonomi, ma funzionalmente collegati (*supra*, § 1), è stato richiesto un allineamento complessivo dei prezzi richiesti agli utenti. Inoltre, come ulteriore criterio, è stato considerato il valore – attualizzato – dei futuri introiti per lo Stato (come nella concessione *Santiago-Valparaíso-Viña*, innovativa sul punto)<sup>284</sup>, da corrispondere anche attraverso un consorzio (e non

---

<sup>284</sup> Per questi aspetti e la divisione delle fasi e delle generazioni delle concessioni, si v. D.M. RUFÍAN LIZANA, *Políticas de concesión vial: análisis de las experiencias de Chile, Colombia y Perú*, cit., p. 29-30 e 39-40.

necessariamente dalla società concessionaria), per facilitare la ricerca delle forme di finanziamento.

Con le opere di “ultima generazione”, infine, si registra l’introduzione di nuovi modelli e strutture concessorie, in relazione alle autostrade urbane e interurbane<sup>285</sup>, ai corridoi urbani, ai terminali degli aeroporti, alla connettività marittima. In relazione alle grandi opere (*Nuevo Ponte Río Maipo, Cuesta Las Chicas, Túnel Chacabuco II*), infatti, sono messi in atto procedimenti per l’attualizzazione e il miglioramento delle condizioni di offerta del servizio e degli standard della fase di sfruttamento (ad esempio, in relazione alla sicurezza ciò è avvenuto in dodici contratti). Programmi di rinnovazione delle condizioni delle concessioni sono anche utilizzati per rinnovare le condizioni di infrastrutture risalenti (come i ponti antichi), intervenendo su problemi di obsolescenza, anche con riferimento alle attività di gestione.

5.5. *Aggiudicazione provvisoria e definitiva.* Una volta redatta la graduatoria dalla *Commissione di valutazione*, il Direttore comunica alla concorrente che abbia ottenuto il maggior punteggio l’aggiudicazione provvisoria; più precisamente, si tratta di una “intenzione di aggiudicare” (*intención de adjudicar la concesión*). La normativa (art. 28, comma 3, del *Regolamento*), prevede comunque la facoltà di non aggiudicare la gara; a tal fine, è comunque richiesto il visto del Ministro delle finanze.

L’aggiudicatario provvisorio deve rinnovare la garanzia offerta a dimostrazione della serietà dell’offerta, e mantenerla operativa fino alla realizzazione – o all’inizio dello sfruttamento – dell’opera. In assenza, infatti, non può costituirsi la società concessionaria (vale a dire il soggetto che può effettivamente stipulare il contratto concessorio: se ne parlerà a breve); conseguentemente il Ministero può incamerare la cauzione prestata e indire una nuova gara, oppure una trattativa privata. In questi casi, è escluso ogni indennizzo a favore del privato (art. 31, comma 1, *Recop*).

Qualora l’aggiudicazione provvisoria sortisca esito positivo (anche con riferimento alla conferma delle garanzie), la gara viene aggiudicata in via definitiva con decreto del Ministro dei lavori pubblici; il decreto deve recare la anche firma del Ministro delle finanze (*Hacienda*), al fine di assicurare il controllo della spese

---

<sup>285</sup> Cui si aggiungono il programma di riconnessione delle parti centrali e orientali e dell’accesso a Santiago (*Costanera Norte*, ad esempio), attraverso la conversione e l’elevazione degli standard delle strade in autostrade. Per alcuni esempi, si v. l’*Appendice* al testo.

anche nel momento conclusivo della procedura (almeno sul piano formale: art. 8, Lecop). In aggiunta, è prevista una verifica da parte della *Contraloría General de República* (che, formalmente, si esercita sui decreti o provvedimenti che approvino i contratti relativi alle opere pubbliche: art. 89, decreto n. 850/1997).

Il decreto di aggiudicazione contiene tutti i riferimenti dell'impresa, l'oggetto della concessione, la sua durata, la struttura tariffaria, diritti ed obblighi reciproci e sistema delle multe, le aree pubbliche che saranno interessate dai lavori (art. 29, Recop).

Per sottoscrivere il contratto, l'impresa deve assumere la veste di società cilena, o costituire una agenzia all'interno del paese, qualora si tratti di soggetto straniero; la nuova società deve rivestire la forma di società anonima aperta<sup>286</sup> e la denominazione deve recare la dizione “*Società concessionaria*” (“*Sociedad Concesionaria*”: art. 30, comma 1, del *Regolamento di esecuzione*). La società deve essere costituita per un termine minimo pari all'intera durata della concessione, più due anni.

Il capitale versato deve essere almeno al 20% dell'importo complessivo della concessione, così come stimato dal Ministero nel bando di gara (comma 3 dell'art. 30).

È previsto, infine, l'obbligo per l'aggiudicatario di detenere almeno il 51% dell'azionariato della società costituita (comma 5). La vendita di azioni che incida su tale pacchetto di maggioranza deve essere previamente autorizzata dal Ministero. Anche ogni variazione proprietaria sui diritti della società, che implichi una variazione sul controllo dell'amministrazione deve essere comunicata al Mop (comma 5, ultimo periodo; si v. anche l'art. 65). È fatta salva, ad ogni modo, la facoltà di cedere il contratto di concessione, come previsto dall'art. 21 della *l. conc.* – come si vedrà più avanti (*infra*, § 6)

**5.6 Procedure negoziate e altre tipologie.** Oltre alla gara pubblica, che costituisce la modalità privilegiata dalla stessa amministrazione, ai sensi del decreto n. 850/1997, si può procedere con trattativa privata (*trato directo*), procedura negoziata (*contrato adjudicado por cotización privada*), amministrazione diretta o delegata (*administración o administración delegada*).

---

<sup>286</sup> Le società anonime sono regolate dal Decreto Supremo n. 587 del 1982, *Reglamento de la Ley 18.046, sobre Sociedades Anónimas*.

Ciò avviene nei seguenti casi: mancata presentazione di offerte in una gara pubblica<sup>287</sup>; per l'ultimazione delle opere previste in un contratto risolto anticipatamente; in casi di emergenza<sup>288</sup>; opere di conservazione, riparazione o miglioramento abituali di un servizio; opere per il lavoro militare; opere eseguite con la partecipazione della comunità<sup>289</sup>; opere da eseguire nell'Isola di Pasqua.

## 6. La regolazione del rapporto

6.1 *Una flessibilità controllata.* Il sistema di regolazione del rapporto presenta un elevato grado di flessibilità, sul quale si innestano meccanismi volti a garantire la prevedibilità dei comportamenti. Ciò avviene attraverso un ancoraggio forte a quanto previsto nel progetto (in fase preparatoria), nell'offerta (in fase di gara) e nel contratto (a seguito dell'aggiudicazione definitiva). All'interno di una fortissima sinergia tra settore pubblico e privato, il sistema è evoluto in modo progressivo, prima permettendo, e poi limitando, le variazioni successive alla stipula.

Questo modello, nelle intenzioni del legislatore e, soprattutto, del "riformatore", consente una gestione del rapporto tra amministrazione e concessionario non rigida, ma controllata (sia nella fase di realizzazione dell'opera che nel successivo sfruttamento).

A ben vedere, infatti, gli obblighi delle parti sono stabiliti in modo chiaro al momento dell'emanazione del provvedimento concessorio; allo stesso tempo, tuttavia, sono previsti procedimenti per l'aggiornamento degli standard del servizio, in base all'evoluzione del settore e della funzionalità dell'opera.

In dettaglio, la riforma del 2010 stabilisce che le concessioni debbano contenere *una chiara definizione degli obblighi del concessionario*. Durante l'intero periodo di vigenza della concessione, i livelli del servizio e gli *standard* tecnici stabiliti nella base d'asta devono essere assicurati nello stesso modo in cui sono stati definiti nel bando. Diritti ed obblighi sono comunque limitati *a quanto* necessario per adempiere il contratto di concessione.

<sup>287</sup> In tal caso, le condizioni poste a base d'asta devono rimanere invariate.

<sup>288</sup> Occorre un *decreto supremo* del Ministro che dichiari la sussistenza di tale stato.

<sup>289</sup> Si tratta di una ipotesi innovativa, che permette di superare la gara pubblica grazie alla partecipazione dei cittadini alla realizzazione dell'opera: il momento pubblicistico è garantito, infatti, in ogni fase. Le condizioni di esercizio di partecipazione devono essere fissate con decreto del Presidente della Repubblica (art. 86, comma 1, *lett. f*), decreto n. 850/1997).

Anche i costi sono monitorati dal Ministero, che controlla mensilmente la variazione dei prezzi della mano d'opera, dei macchinari, dei materiali, ecc., al fine di attualizzare lo stato dei pagamenti (secondo un sistema denominato *Índice Polinómico*)<sup>290</sup>.

Il sistema, in sintesi, consente il mantenimento in vita dell'opera e la stabilità delle decisioni: il tasso di annullamento dei progetti affidati è stato molto basso (2%).

6.2 *Adempimenti propedeutici alla stipula*. Il concessionario deve costituire una duplice forma di garanzia: la prima è richiesta a fini di costruzione dell'opera (art. 12 Lecop; art. 34 Recop); la seconda, a fini del suo sfruttamento (art. 13; art. 35 Recop). La garanzia può essere reale o personale e deve essere parametrata all'opera concessa, in base a quanto stabilito nel bando (art. 14).

Le relative somme sono incamerate dal Ministero in sei casi: a) atti negoziali non autorizzati dall'amministrazione, quando ciò sia richiesto dalla legge o dal provvedimento; b) inadempimento delle multe irrogate durante il rapporto concessorio; c) mancata costituzione o ricostituzione delle garanzie e delle polizze assicurative richieste; d) ritardi nei versamenti del concessionario al Fisco, purché stabiliti nel contratto di concessione; e) inadempimento di obbligazioni verso terzi, nel caso in cui il ministero sia dichiarato responsabile in via sussidiaria; f) qualunque altro inadempimento per il quale sia prevista tale sanzione in base agli atti di gara (art. 33, comma 2, Recop).

Il concessionario deve anche stipulare polizze di assicurazione per danni arrecati a terzi e per i rischi derivanti da eventuali catastrofi durante il periodo della concessione. Le somme rimosse dal contratto di assicurazione devono essere utilizzate per la ricostruzione dell'opera. Le parti, però, possono comunque accordarsi per destinarle ad altro fine, purché attinente al contratto di concessione (art. 36, Recop).

Le imprese concessionarie devono iscriversi nel "Registro dei *contractors*", tenuto presso il Mop. Infine, il personale a contratto utilizzato dalla concessionaria deve essere iscritto nel "*Registro dei contrattisti*" (*Registros de Contratistas*), tenuto dal Ministero a fini di controllo sulle forme di tutela del lavoro e sulle caratteristiche dei soggetti intervenienti.

---

<sup>290</sup> Si tratta di un indice utilizzato specificamente nel settore della costruzione delle opere, sia in ambito pubblico che privato, che riflette la variazione dei costi della mano d'opera, dei macchinari, dei materiali, ecc. (<http://www.dirplan.cl/centrodedocumentacion/indicepolinomico/Paginas/default.aspx>).

6.3. *I caratteri ‘contrattuali’ del provvedimento.* Il contratto annesso alla concessione è lo strumento giuridico principale per disciplinare il rapporto tra amministrazione e concessionaria. Nel sistema cileno, il carattere unilaterale del provvedimento cede dunque alla bilateralità del contratto: più che di concessioni, si parla di contratti concessori (anche sul piano linguistico: si v., ad esempio, l’art. 63 del Recop). Esso recepisce, sotto forma di pattuizioni, le obbligazioni assunte dal concessionario con la presentazione dell’offerta, nonché quelle contenute nel bando di gara. È la base su cui parametrare ogni diritto, obbligo e comportamento successivo relativo alla realizzazione e allo sfruttamento dell’opera.

Lo strumento contrattuale incorpora il principio per cui la miglior forma di realizzazione e gestione delle infrastrutture si basa su un adeguato riparto di rischi tra il soggetto pubblico e quello privato. La partecipazione pubblico-privata è vincolata e condizionata unicamente dalla realizzabilità economica dell’opera. Inoltre, nel contratto emerge necessariamente il soddisfacimento dell’interesse pubblico – di stampo sociale – connesso alla realizzazione dei lavori appaltati. Ciò si riversa innegabilmente sul contratto, che infatti, per questo motivo, è considerato dalla dottrina più accorta di *natura mista* (mentre sono superate le pregresse ricostruzioni, imperniate su un impianto meramente privatistico o, per converso, sulla nozione di *contratto di diritto pubblico*)<sup>291</sup>.

Anche sul piano normativo emerge una forma espressa di contrapposizione tra diritto pubblico e diritto privato; distinzione richiamata, peraltro, in modo semplicistico. Secondo l’art. 21 della Lecop, infatti, i diritti del concessionario verso l’amministrazione sono regolati dal *diritto pubblico* (comma 1: “*el concesionario cumplirá las funciones [...] con arreglo a las normas del derecho público*”). Ciò riguarda, tra l’altro, le prestazioni e gli obblighi stabiliti nella concessione, il regime di realizzazione e sfruttamento dell’opera, la raccolta delle tariffe e il loro assestamento.

L’esecuzione delle opere e tutti i rapporti del concessionario con terzi, invece, sono retti dal diritto privato (comma 2: “*en lo que se refiere a sus derechos y obligaciones económicas [...] se regirá por las normas de derecho privado*”). Il concessionario, dunque, può realizzare qualsiasi operazione con terzi, anche senza

---

<sup>291</sup> S. PONCE DE LEÓN SALUCCI, *El contrato de concesión de obra pública en la legislación chilena. Análisis constitucional de algunos de sus elementos*, in *Revista de Derecho Público*, vol. 79, 2013, p. 115 ss., spec. 119.



autorizzazione del ministero<sup>292</sup>, purché non stabilito diversamente dalla legge o dal provvedimento.

Più in particolare, ai sensi dell'art. 1, comma 2, del regolamento di esecuzione della legge sulle concessioni, le norme del regolamento formano parte integrante del contratto di concessione – secondo uno schema, dunque, paragonabile all'inserimento automatico di clausole (art. 1339 c.c.). Inoltre, deve considerarsi che per gli investitori stranieri vanno applicate le clausole contenute nei trattati internazionali.

Rientra nella natura contrattuale del provvedimento anche la possibilità di *cessione dello stesso*, come previsto dall'art. 21, riformato sul punto nel 2010. La cessione deve essere autorizzata dal Ministero, che ha sessanta giorni di tempo per pronunciarsi, decorsi i quali l'autorizzazione si intende rilasciata (secondo un meccanismo di silenzio-assenso: art. 66, comma 5, Recop). La cessione può essere disposta solo se comprende *tutti i diritti e le obbligazioni previste nel contratto*, e può essere disposta solo a favore di soggetti che presentino i requisiti per poter partecipare a una gara. Inoltre, il Ministero richiede una garanzia di serietà (*garantía de seriedad*) al subentrante, che dovrà essere presentata da quest'ultimo entro trenta giorni dal perfezionamento del negozio (art. 66, comma 4, Recop).

Sulla stessa linea, si segnala anche l'ipotesi di subappalto, possibile a meno che il bando non lo proibisca *espressamente* (art. 64 Recop).

6.4. *Il fine sociale della concessione.* Occorre considerare che la politica cilena degli appalti pubblici è orientata ad un fine generale, che assume carattere costituzionale: il beneficio sociale delle opere realizzate. Un fattore, questo, da non sottovalutare: l'efficienza del sistema, infatti, non viene attuata a discapito di questo tipo di benefici – che, al contrario, sono fortemente ricercati e valorizzati.

La riforma, che ha permesso l'ingresso di soggetti privati nella realizzazione delle opere, mantiene saldo un impianto in cui, come visto, da un lato il finanziamento pubblico è un punto fermo e, dall'altro, si ricerca altrettanto imprescindibilmente l'interesse della società.

A testimoniare la vigenza di questo impianto soccorrono diverse norme.

Innanzitutto, si leggono in questa ottica le disposizioni in base alle quali il progetto deve essere compatibile con l'utilizzazione efficiente ed efficace delle

---

<sup>292</sup> Ad esempio, può persino cedere in garanzia i frutti futuri derivanti dall'accordo.

risorse pubbliche: così prescrive l'art. 5 della legge organica n. 18.575, sulle basi generali dell'amministrazione di Stato<sup>293</sup>. Ciò ha un impatto diretto anche sui contratti stipulati, in quanto richiede che l'impegno finanziario dello Stato possa costituire un beneficio per la collettività (anche per le generazioni future); inoltre, implica la preferenza a stipulare contratti relativi alle aree meno sviluppate del Paese, per migliorarne le condizioni.

La stessa valutazione dei progetti risente di questa impostazione generale. Il citato art. 5, comma 1, del Recop, infatti, alla *lettera j*) impone al privato di indicare una *valutazione sociale*, tarata sui caratteri del progetto, includendo le alternative che non prevedano tariffazione. È introdotta dalla stessa normativa, dunque, l'analisi circa l'utilità sociale del progetto, e non solo la convenienza economica del singolo.

Si pensi, inoltre, all'art. 50 del Recop, in base al quale *“quando l'opera è realizzata su un bene nazionale destinato all'uso pubblico, il concessionario deve assicurare un utilizzo ininterrotto del bene”*. La realizzazione dell'opera non consente l'interruzione della fruizione di un bene di interesse collettivo.

Naturalmente, sono garantiti anche i diritti degli utenti, riconducibili a quattro tipologie: a) diritto di accesso; b) diritto al funzionamento del servizio; c) diritto di informazione; d) diritto di reclamo. Quanto al primo, l'apertura del settore ai privati è bilanciata dall'assicurazione dell'utilizzo delle opere pubbliche: a queste, infatti, si applica un meccanismo giuridico qualificabile come *“accesso”*, in base al quale *il concessionario non può rifiutare l'utilizzo dell'opera da parte di terzi*. In relazione al secondo, il servizio deve essere offerto in condizioni di parità ed eguaglianza. Con riferimento al terzo, base all'art. 98 del Recop, la concessionaria è tenuta a puntuali obblighi informativi nei confronti degli utenti, in ordine alle prestazioni offerte e alle caratteristiche del servizio. Infine, il bando di gara può prevedere un meccanismo di reclamo (art. 99, comma 1, Recop), che gli utenti possono presentare alla società concessionaria, e da cui possono scaturire *“sanzioni”*, vale a dire un indennizzo causato da inadempimento. Anche il Ministero può disporre in tal senso, disciplinando le modalità per ricevere e valutare direttamente (senza l'intervento della concessionaria) le segnalazioni dei singoli su disservizi e malfunzionamenti (art. 99, comma 2).

---

<sup>293</sup> *Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado – Ley Nº 18.575.*

6.5. *Durata della concessione e regime delle opere.* La concessione può avere una durata massima di cinquanta anni (art. 25, comma 1, Lecop; art. 73, comma 1, Recop; art. 87, comma 1, decreto n. 850/1997).

La durata del provvedimento (*rectius*, del contratto) è direttamente correlata al regime di gestione. Scaduto il termine, infatti, le opere sono oggetto di nuova concessione da parte del Ministero, a fini di conservazione, riparazione, ampliamento o sfruttamento. Possono essere divise o integrate con altre opere, ove possibile. Nel caso in cui, per ragioni tecniche, non sia possibile o conveniente procedere ad una nuova concessione delle stesse, si procede con decreto motivato del Presidente della Repubblica.

Il modello seguito sposa una visione di lungo periodo, in cui l'investimento iniziale produca frutti su un arco temporale esteso, superando i limiti sistematici del modello provvedimentale. Si guarda, in altri termini, non solo alla opera in sé (come individuata e affidata nella concessione) e alle modalità della sua realizzazione (parimenti individuate nel provvedimento), ma al modo in cui i lavori effettuati possano apportare maggiori benefici allo Stato e alla collettività, in termini economici e sociali.

Le opere, come anticipato, restano di proprietà pubblica: l'apporto del privato attiene alla costruzione e, soprattutto, allo sfruttamento, ma la struttura delle concessioni è permeata dalla permanenza dei diritti dello Stato sui beni realizzati (per questo, si parla di *obra fiscal*).

Di rilievo, in questo senso, anche le disposizioni che incidono sulla proprietà privata. Quest'ultima è oggetto di un vincolo di destinazione rispetto all'oggetto della concessione: i beni su cui ricade l'opera, infatti, non possono essere alienati separatamente, né su di essi possono essere costituiti diritti che possano minarne la funzionalità (art. 14 Lecop). Il concessionario può essere immesso nel possesso dei beni da parte del soggetto pubblico; ciò avviene a valle di una procedura espropriativa, mediante la quale il diritto di proprietà – si noti – viene trasferito alla sola amministrazione; all'espropriazione, inoltre, può farsi ricorso solo se previsto espressamente dal bando (art. 46, comma 1, Recop).

La *Direzione fiscale* del Mop è attributaria dei poteri inerenti alla procedura espropriativa. Il procedimento si avvia con una previa dichiarazione di pubblica utilità dei beni e dei terreni sui quali incidono le opere (art. 105, decreto n. 850/1997); quindi, si procede alla determinazione del valore del bene, attraverso una commissione di tre membri, prevista dalla *Ley orgánica de procedimiento de*

*expropiaciones* (di seguito, per brevità, *Ley espr.*<sup>294</sup>). L'indennizzo è stabilito, in via definitiva, di comune accordo con il privato, o in alternativa dal Tribunale, dietro ricorso dell'interessato (art. 10, *Ley espr.*)<sup>295</sup>. Il decreto di esproprio è adottato dal Presidente della Repubblica (art. 6, *Ley espr.*) e può essere contestato in sede giudiziale per motivi attinenti non solo alla legittimità, ma anche al merito (come l'irragionevolezza delle espropriazioni parziali: art. 9, comma 1, *lett. b*), *Ley espr.*).

6.6. *Obbligazioni e rischio in fase di esecuzione.* La diversificazione del rischio, a seconda della fase di avanzamento dell'opera, è uno dei caratteri essenziali del sistema cileno. La diversificazione delle *singole fasi* operata dalla normativa costituisce infatti uno strumento idoneo a consentire un sano sviluppo del settore, attribuendo il rischio all'attore considerato più solido in un determinato momento – vale a dire non in termini assoluti, ma in relazione allo specifico momento preso in considerazione.

Così, i rischi sono addossati al concedente per le fasi che precedono l'inizio della costruzione. Per la successiva fase *esecutiva*, e in particolare per la *realizzazione* dell'opera, invece (diversamente da quanto osservato in materia di finanziamento), il rischio è addossato al concessionario nella sua interezza (art. 22 Lecop). Questa regola è stata introdotta negli anni Ottanta, con la legge n. 1982/83, e da allora è rimasta immutata.

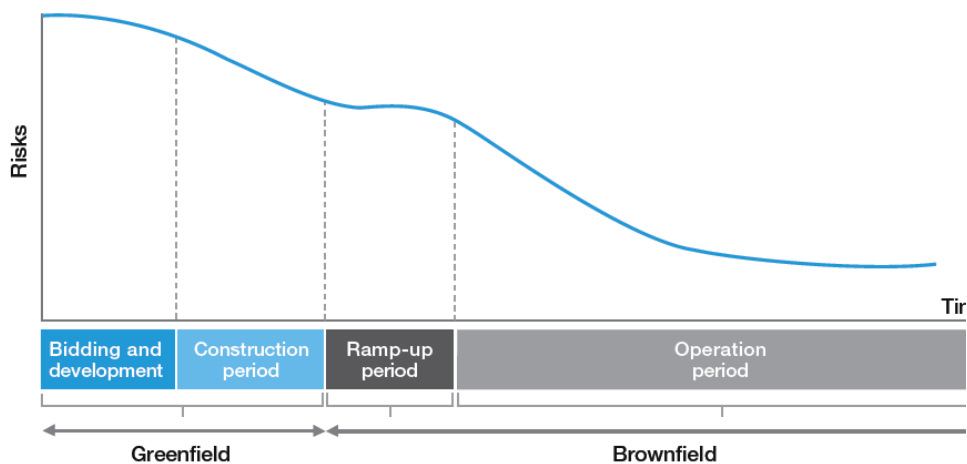
Conseguentemente, qualunque impegno economico e monetario (in senso generale, qualunque “costo”) che origini dalla realizzazione dell'opera, anche per caso fortuito o forza maggiore, è posto a carico del privato.

La scelta introdotta nella normativa è in linea con quanto rilevato da indagini economiche e finanziarie comparate. Come rileva il *World Economic Forum*, infatti, più aumenta il grado di avanzamento dell'opera (dal *greenfield* al *brownfield*), più il tasso di rischio diminuisce (*figura 16*).

---

<sup>294</sup> La legge è stata approvata con decreto del 12 aprile 1978, n. 2186, e modificata undici anni più tardi, con legge 2 febbraio 1990, n. 18.932.

<sup>295</sup> La liquidazione è subordinata al soddisfacimento dei creditori che vantino diritti reali o altri diritti gravanti sul bene espropriato (art. 24 ss., *Ley espr.*).

Figure 2: Risk Profile Development of an Infrastructure Asset<sup>5</sup>

Source: World Economic Forum, for illustrative purposes only

Figura 16. Tasso di rischio correlato all'avanzamento dell'opera. Fonte: WEF.

Questo sistema si riflette puntualmente nel contratto. Il concessionario risponde, infatti, di tutte le obbligazioni assunte con la stipula e, in generale, della sua completa e corretta esecuzione (art. 63 Recop). In base all'art. 34 della *l.conc.* (ma si v. anche l'art. 62, comma 2, del *regolamento*), inoltre, risponde dei danni *di qualsiasi natura* causati a terzi, a causa della esecuzione o anche dello sfruttamento dell'opera; la responsabilità è esclusa solo in presenza di misure imposte dal Ministero, a condizione però che siano state decise dopo la stipula del contratto.

La *ratio* di quest'ultima regola è chiara: le condizioni presentate dal privato in sede progettuale, o direttamente in sede di offerta, su cui sono ricadute le valutazioni dell'amministrazione (e che hanno condotto alla definizione dei contenuti del provvedimento) non possono costituire poi essere causa di esclusione o limitazione della responsabilità.

Il concessionario deve anche anticipare ogni spesa necessaria al compimento del progetto, fino alla sua realizzazione. Solo per caso fortuito, forza maggiore o altre cause simili, può essere dispensato degli obblighi assunti con la stipula del contratto (art. 22 Lecop). Si segnala, ad ogni modo, che il Ministero può prevedere alcuni interventi per facilitare l'acquisto o il noleggio dei macchinari necessari all'effettuazione dei lavori<sup>296</sup>.

<sup>296</sup> In particolare, l'art. 90 del decreto n. 850/1997 prevede che possano essere anticipate le spese necessarie, purché previsto nel bando (anche in riferimento alle correlate garanzie che il privato deve prestare: comma 1). Possono altresì essere anticipati il 50% del costo sostenuto dal trattatista per l'acquisto di nuovi macchinari (comma 2) o per l'importazione di macchinari dall'estero (comma 3). In tali casi, occorre una valutazione del Direttore della Direzione competente.

Il fisco, per converso, non è considerato responsabile, ai sensi di legge, delle conseguenze derivanti dai contratti stipulati dal concessionario con il costruttore. Nonostante l'interesse pubblico connesso alle opere, l'amministrazione gode di un esonero di responsabilità per quanto concerne la loro costruzione. Il fisco è tenuto a risarcire i danni, in solido con il concessionario, solo se previsto espressamente nel bando e solo per caso fortuito o forza maggiore.

Si aggiunga che, in caso di distruzione dell'opera *durante la fase di costruzione*, il concessionario è obbligato alla sua riparazione integrale, senza diritto di rimborso (art. 75, comma 1, Recop); il bando può prevedere la contribuzione dell'amministrazione, in ipotesi di caso fortuito o forza maggiore (art. 75, comma 2), la cui sussistenza deve essere accertata dal Ministero (art. 75, comma 3). È fatta salva, naturalmente, l'applicazione dei contratti di assicurazione che il concessionario deve necessariamente stipulare (art. 36 del regolamento).

6.7. *Corrispettivi e aspetti economici.* Come anticipato, la normativa settoriale stabilisce che il 65% edl costo complessivo dell'opera viene pagata dal Fisco; il restante 35% ricade sui singoli (art. 94, comma 1, decreto n. 850/1997)<sup>297</sup>.

Come già ricordato, in generale il sistema cileno prevede che gli investimenti del privato siano remunerati attraverso lo *sfruttamento dell'opera*. Il concessionario percepisce il prezzo o la tariffa per i servizi prestati; incamera i corrispettivi secondo quanto previsto nel bando di gara e in modo differenziato, a seconda della finalità della concessione (servizi turistici, autoservizi, pubblicità, ecc.: art. 10 Lecop); non ha l'obbligo di stabilire esenzioni per gli utenti; può ricevere anche altre forme di sussidio e benefici addizionali, purché espressamente stipulati (art. 11 Lecop).

Sul versante degli obblighi, vi è quello di costruire e a mettere in servizio l'opera nei tempi previsti nel bando o nell'offerta, pena l'applicazione di sanzioni o multe (art. 51 Recop). Può essere concessa una proroga per cause non imputabili al concessionario, che ritardino lo svolgimento dei lavori; tali cause devono essere notificate per iscritto all'*ispettore fiscale*, il quale rilascia un parere alla Direzione generale, chiamata a decidere in merito (art. 51, comma 2, Recop). Nel caso in cui il

---

<sup>297</sup> Vi sono, peraltro, alcune eccezioni, applicabili solo se espressamente previste. Ciò avviene, ad esempio, per le opere di difesa e di contenimento dei corsi d'acqua (art. 94, comma 4, e 14, comma 1, *lett. l*), decreto n. 850/1997), oppure per opere straordinarie legate alle strade ad alta velocità (come la realizzazione di passaggi speciali), per le quali il privato che solleciti l'intervento dovrà contribuire nella misura del 60% dell'importo (art. 84, decreto n. 850/1997).

ritardo sia dovuto all'amministrazione, sarà concessa una proroga di pari durata (art. 51, comma 3, Recop).

Nei casi in cui l'iniziativa sia privata, si devono ricordare le misure premiali, già citate, stabilite per il proponente, che son applicabili nei casi in cui il progetto, presentato al Ministero, sia poi aggiudicato. È la procedura di gara a stabilire le forme e modalità del rimborso; in generale, comunque, le misure riguardano il costo degli studi (art. 8, comma 5, e 10, comma 2, Recop).

6.8. *Lo sfruttamento dell'opera.* In base all'art. 17 della Lecop, la messa in servizio dell'opera è autorizzata dal Ministero previa verifica dei requisiti tecnici; può anche effettuarsi parzialmente, allorché sia possibile dividere il bene in unità suscettibili di uno sfruttamento indipendente; in ogni caso, il frazionamento deve avvenire secondo le condizioni *previamente stabilite* nel bando di gara. Questo requisito cerca di limitare la variazione delle condizioni (di costruzione e sfruttamento), rispetto a quanto definito nella procedura di aggiudicazione.

Lo sfruttamento dell'opera e l'applicazione del sistema delle tariffe hanno inizio con la messa in servizio *provvisoria*, che deve essere autorizzata dalla Direzione generale delle opere pubbliche. La messa in servizio *definitiva*, sempre soggetta ad autorizzazione, avviene nei termini stabiliti e, comunque, entro un anno dalla messa in servizio provvisoria (art. 54 e 55 Recop).

Il regime concessorio prevede specifici obblighi per consentire uno *sfruttamento adeguato* del bene, in modo coerente con la sua conservazione. Sul privato, infatti, grava il rispetto della "*perfetta applicazione delle norme e dei regolamenti sull'uso e la conservazione delle opere concesse*" (art. 25 Lecop). La pluralità delle disposizioni che possono incidere su un bene, dunque, deve essere conosciuta e applicata dal concessionario *direttamente*, senza l'intervento di soggetti terzi (a meno che non si tratti di realizzazione di opere ulteriori).

Il servizio deve essere offerto in modo *ininterrotto*, salvo situazioni eccezionali non attribuibili alla volontà del soggetto (art. 71 Recop). Il concessionario deve mantenere liberi gli accessi, apporre segnalazioni, garantire i servizi in condizioni normali di utilizzo. La *continuità della prestazione* deve essere assicurata attraverso l'eliminazione di fattori di disturbo, di pericolo, di scomodità; misure che alterino la normalità del servizio sono ammesse solo per ragioni di sicurezza o di riparazioni urgenti.

In caso di riparazioni sui beni, il valore viene concordato tra le parti; in mancanza, si può chiedere una perizia. Il contratto di concessione è rilevante anche in questa fase: la ripartizione dei costi relativi alle riparazioni, infatti, viene effettuata sulla base di quanto stabilito nell'accordo previamente stipulato.

Si segnala, inoltre, che ai sensi dell'art. 58 del regolamento di esecuzione, viene disciplinata l'ipotesi di *variazione nella prestazione del servizio* (*Alteración en la Prestación del Servicio*). Si tratta, in particolare, di una modifica del livello del servizio per un determinato lasso di tempo, in ragione della realizzazione di lavori specifici. In tal caso, il concessionario deve comunicare la variazione con almeno quindici giorni di anticipo: l'ispettore fiscale può richiedere l'adozione di misure di precauzione che consentano la minimizzazione delle interferenze nell'uso normale dell'opera.

È da evidenziare che, in ambito di infrastrutture per la viabilità, la realizzazione dell'opera non può *“interrompere il transito delle strade esistenti. Nel caso in cui la interruzione sia inevitabile, il concessionario è obbligato a predisporre un transito alternativo adeguato”* (art. 22, comma 5, Lecop).

6.9. *Le tariffe.* Il sistema delle tariffe, come più volte detto, è una componente essenziale del sistema cileno: il concessionario ottiene dagli utilizzatori la remunerazione del servizio offerto, che serve a compensare la realizzazione dell'opera.

È in base a tale sistema che si raggiunge un buon livello di sostenibilità dell'opera sul piano finanziario – assicurandone, dunque, la realizzabilità. Come emerge dal grafico che segue (*figura 17*), le opere con un alto grado di utilizzabilità sono generalmente più attrattive per i privati, in quanto riescono a realizzare un modello di sostanziale auto-finanziamento dei lavori da realizzare. Nella parte sinistra del grafico, si situano componenti come la conservazione della rete secondaria; in quella centrale e sulla destra, le opere più innovative ritenute utili dagli utenti (come le strade ad alto scorrimento, in grado di decongestionare particolari zone).

Il sistema tariffario è parametrato all'utilizzo del servizio offerto. Il concessionario può stabilire misure differenziate per le diverse categorie di utenti, basandosi sulla frequenza d'uso, sul sistema di pagamento, sull'impegno ad utilizzare il bene per un determinato periodo di tempo. Da un lato, però, queste modalità devono comunque essere state previamente indicate nell'offerta. Dall'altro, le tariffe differenziate devono essere non discriminatorie, ossia devono



comunque permettere condizioni tali da poter accedere all'opera. Infine, il concessionario non può addebitare, in nessun caso, un tetto tariffario più alto rispetto a quanto previsto nel contratto di concessione (art. 61, comma 2, Recop).

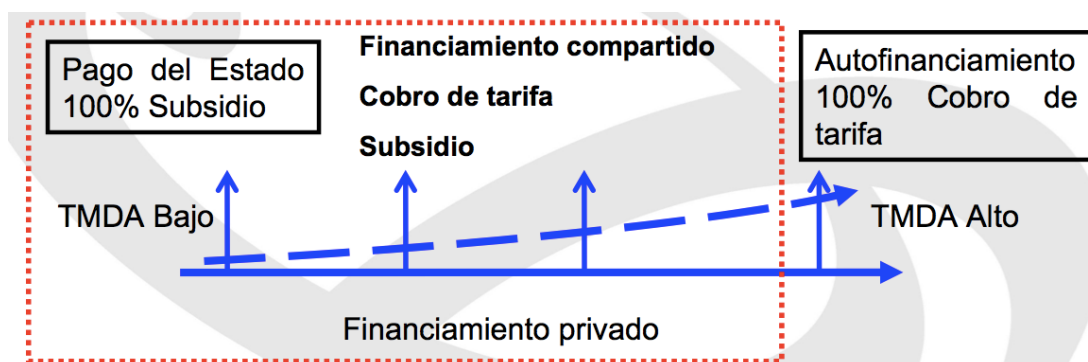


Figura 17. Rapporto tra grado di utilizzo dell'opera, finanziamento e sistema tariffario. Fonte: MOP.

L'art. 71 del regolamento di esecuzione disciplina, poi, *la revisione del sistema tariffario*, ammissibile a condizione che sia stata prevista nel bando di gara e applicabile solo per cause sopravvenute. È onere del concessionario sollecitare la revisione delle tariffe, presentando una domanda al Ministero che contenga i criteri della loro determinazione, i termini previsti e gli elementi della struttura tariffaria che si intendono cambiare (si possono modificare, infatti, uno o più fattori che incidono sulla misura della tariffa).

La decisione sulle variazioni del sistema tariffario richiede un decreto (*decreto supremo*) del Ministro dei Lavori pubblici e del Ministro delle Finanze. Qualora il provvedimento richiesto non venga adottato, il concessionario può ricorrere alla commissione arbitrale (*infra*, § 9).

6.10. *Controlli*. In generale, ai sensi del Capitolo VIII della legge sulle concessioni, spetta alla Direzione competente del Ministero (a seconda dell'opera realizzata) il potere di *ispezione e vigilanza*, sia sull'*esecuzione dei lavori*, sia sullo *sfruttamento dell'opera* (art. 28 Lecop). In base alle verifiche effettuate, il Direttore può proporre l'applicazione delle multe (che devono essere confermate dalla commissione arbitrale: si v. *infra*), la sospensione dei lavori o la revoca della concessione (art. 29 Lecop).

Il regolamento di esecuzione, poi, prevede l'intervento dell'ispettore fiscale (*inspector fiscal*) che opera sia nella fase di aggiudicazione, sia in quella di realizzazione dell'opera. Ad esso è affidata una funzione di controllo finalizzata alla tutela dell'interesse fiscale: i compiti svolti dall'ispettore, infatti, sono finalizzati ad accertare che la realizzazione dell'opera sia coerente con l'interesse pubblico (in termini di giustificazione dell'investimento e della successiva fase di sfruttamento dell'opera da parte del concessionario).

A tal fine, l'ispettore fiscale vigila su molti aspetti: correttezza della documentazione, congruità delle offerte, regolare esecuzione delle opere, rispetto delle norme di sicurezza, assicurazione degli standard di qualità, riscossione delle tariffe, ecc. (art. 38 ss. Recop). Può essere coadiuvato, su ordine del Direttore dei lavori pubblici, da ingegneri civili, architetti, costruttori e altri professionisti (art. 41, comma 2, Recop).

A seguito dell'aggiudicazione, l'ispettore diviene il punto di collegamento tra concessionario e ministero; ogni informazione deve passare attraverso il suo vaglio. La società concessionaria, in particolare, ha l'obbligo di comunicare all'ispettore qualsiasi dato di carattere organizzativo, tecnico, finanziario e contabile (art. 43 Recop). Si tratta, dunque, di una figura centrale che assicura il flusso costante di informazioni dall'impresa all'amministrazione, consentendo una supervisione complessiva di quanto realizzato.

Ai sensi dell'art. 41 Recop, l'ispettore fiscale deve tenere un *Libro delle opere* (*Libro de Obras*), nel quale sono riportati oggetto di concessione, la società concessionaria, il nominativo dello stesso ispettore e dei provvedimenti da questi adottati, oltre ai fatti di maggiore rilievo relativi alla realizzazione e lo sfruttamento dell'opera.

L'ispettore può adottare ordini e istruzioni per l'adempimento del contratto (art. 39, comma 2, *lett. l*), e 40, comma 2, *lett. m*), Recop). Avverso tali atti è previsto un *ricorso in opposizione*: la parte interessata, infatti, può rivolgersi allo stesso Ispettore entro cinque giorni dalla sua notifica (art. 42, comma 1). In caso di esito negativo, è possibile esperire un *ricorso gerarchico* alla Direzione generale dei lavori pubblici (art. 42, comma 2). I ricorsi non sospendono, in nessun caso, l'efficacia degli atti adottati (art. 42, comma 3, Recop).

In materia di controlli, è previsto anche l'intervento del direttore dei lavori pubblici (ossia a capo della relativa direzione) al quale, a ben vedere, sono attribuiti compiti di maggior rilievo. Il direttore, infatti, ha poteri di proposta nei confronti del Ministro e poteri decisori propri. In relazione ai primi, propone il rilascio di ulteriori autorizzazioni e l'accettazione (o il rifiuto) della modifica del sistema tariffario

avanzata dal concessionario. Quanto ai secondi, autorizza la società concessionaria ad eventuali cambi statutari; compie tutti gli atti, in generale, che spettano all'amministrazione in qualità di parte stipulante (art. 44 Recop).

6.11. *Inadempimenti e multe.* Sia nella fase di costruzione che di sfruttamento, il Mop può imporre multe di natura pecuniaria al concessionario (art. 18 Lecop). Le multe sono previste nel bando e inserite nel contratto stipulato con l'aggiudicatario per i casi di inadempimento delle obbligazioni scaturenti dal contratto (art. 47 Recop).

Per la loro applicazione è previsto un procedimento scandito a grandi linee nel *Regolamento*, in base al quale l'ispettore fiscale rileva l'inadempimento, trasmette le relative informazioni al direttore; in caso di approvazione di quest'ultimo, notifica i fatti contestati alla società concessionaria, unitamente all'indicazione della somma irrogata. La società ha trenta giorni di tempo per effettuare il pagamento (art. 48, commi 1 e 2, Recop); se non provvede il Ministero può incamerare le garanzie prestate, salva ogni ulteriore azione in sede giurisdizionale (art. 48, comma 2, ultimo periodo). In ogni caso, l'irrogazione della multa può essere contestata dinanzi alla commissione arbitrale (di cui si discuterà più avanti nel testo: *infra*, § 9).

## 7. Le forme di autotutela

7.1. *Aspetti generali.* Le norme disciplinano alcune ipotesi di intervento unilaterale dell'amministrazione, in esercizio di prerogative specifiche.

L'intervento unilaterale del ministero è ammesso esclusivamente in alcuni casi; in generale, infatti, le norme prevedono un meccanismo bilaterale, che implica una – parallela e contrapposta – possibilità di intervento del privato. Allo stesso tempo, l'evoluzione del sistema normativo testimonia modifiche che, nel corso degli anni, sono andate nella direzione di tutelare maggiormente il soggetto pubblico rispetto a quello privato; è il primo, infatti, che – in base ad una prassi più che ventennale – è stato considerato maggiormente esposto (e ciò ha condotto all'introduzione di alcuni correttivi che bilanciassero le posizioni reciproche).

I casi in cui il Ministero può intervenire autonomamente possono essere ricondotti a tre tipologie. Da un lato, vi sono ipotesi integrative o modificative delle opere; dall'altro, interventi correttivi e preventivi da realizzare a tutela di altri interessi; infine, fattori che incidono sull'efficacia del provvedimento, che può essere sospeso in via unilaterale nei casi previsti dalla normativa.

È da segnalare, che le prime due tipologie individuate (integrazione o sostituzione di opere sollecitate dal Ministero) si sovrappongono integralmente agli istituti di modifica delle prestazioni dedotte in contratto, le cd. “rinegoziazioni”: queste ultime, oggetto di una capillare disciplina, sono volte a tutelare le posizioni dei soggetti interessati – sia in termini di affidamento, sia di contenimento della spesa pubblica – e saranno pertanto trattate nell'ambito delle “garanzie” (*infra*, § 8.2 e §§ 8.3 ss.). In questa sede, comunque, sono anticipate nei contenuti, in quanto idonee comunque a rivelare l'attribuzione di un potere autonomo di intervento in capo all'amministrazione pubblica.

*7.2. Modifiche sollecitate dal Ministero.* Il Ministero può modificare le *caratteristiche delle opere e dei servizi*: ciò è consentito sia per *aumentare i livelli di servizio*, sia per motivi di pubblico interesse – che devono essere fondati e debitamente motivati. In tale evenienza, è necessario assicurare una forma di compensazione finanziaria al concessionario, per coprire gli eventuali costi aggiuntivi. La compensazione può anche essere realizzata attraverso la *diminuzione* di altri lavori inizialmente previsti (art. 19 Lecop, art. 69 Recop). Se il bando non prevede diversamente, il cambio delle caratteristiche non può comunque eccedere il 15% dell'ammontare inizialmente previsto (art. 69, comma 6, Recop).

Una diversa norma concerne, invece, la *costruzione* di opere *sostitutive o addizionali*. Durante la fase di costruzione dell'opera, il Ministro, su richiesta della Direzione generale delle opere pubbliche, può stabilire la *sostituzione* delle opere o la *realizzazione* di opere *addizionali*. In realtà, queste modifiche sono ammesse anche su istanza della società concessionaria. La condizione di ammissibilità di queste modifiche è di lasciare inalterate le condizioni economiche del contratto (art. 68 Recop). La norma indica, seppur solo in via generale, entro quali limiti tali condizioni possono considerarsi inalterate. Da un lato, infatti, la compensazione non deve essere superiore al 5% delle somme messe a bilancio per il lavoro concesso. Dall'altro, per le opere addizionali, la variazione massima deve rispettare tre criteri: essere previamente stabilita nel bando; incidere solo su opere di carattere minore; integrare un beneficio degli utenti e della collettività. Conseguentemente, in base a

tale ultimo criterio, la realizzazione delle opere addizionali *non può in alcun modo modificare l'entità delle tariffe*.

Infine, l'art. 70 del Recop prevede l'iniziativa dello Stato per giungere a *modifiche contrattate tra le parti* (ma, anche in questo caso, è ammessa l'iniziativa del privato). Queste modifiche servono a supplire l'*insufficienza* dell'opera o del servizio: la relativa disciplina è stata disciplinata in dettaglio dalla riforma del 2010, e, proprio in ragione della natura contrattuale sottostante, sarà analizzata trattando il tema delle *renegociaciones* (*infra*, § 8.3 ss.)

*7.3. Tutela di interessi ulteriori.* Il decreto n. 850/1997 prevede alcune ipotesi di intervento specifico, quando emergano interessi oggetto di speciale protezione. Ai sensi dell'art. 96, infatti, la *Direzione generale dei lavori pubblici* può ordinare la modifica o la distruzione totale delle opere rivierasche, o che incidono su corsi d'acqua naturali. Tali interventi sono ammessi allorché sussista un pericolo imminente le popolazioni, i presidi o anche per altre opere importanti, oppure qualora risulti difficile la regolarizzazione dei corsi d'acqua.

Se le opere sono distrutte o inutilizzabili a causa di errori nella fase di esecuzione dell'opera, oppure se creano danni ai cittadini rivieraschi, devono essere ricostruite dall'amministrazione, senza alcun costo per i soggetti interessati.

*7.4. Sospensione della concessione.* La concessione può essere sospesa in ipotesi che prescindono dalla volontà (anche dell'amministrazione) e che hanno in comune l'effetto di rendere inutilizzabile l'opera per un determinato periodo di tempo. Si tratta, in particolare, di tre ipotesi. La prima comprende guerra, sommovimenti interni, o causa di forza maggiore di altra natura, che impedisca la prestazione del servizio. La seconda attiene alla distruzione parziale dell'opera, che la renda inutilizzabile. La terza, infine ad altre cause stabilite nel bando (art. 26 Lecop). Anche nell'ultimo caso, la mancata predeterminazione normativa è comunque compensata dalla necessaria predeterminazione negli atti di gara, con l'effetto di sottrarre comunque la sospensione alle intenzioni della parte, per rimetterle alla oggettività delle condizioni stabilite.

Le norme prevedono anche i casi di revoca. La disciplina sarà trattata più avanti nel testo, in quanto particolarmente incentrata sulle garanzie poste per il

privato, per cui viene inserita all'interno del sistema delle garanzie (si v. *infra*, § 8.2).

## 8. Il sistema delle garanzie

8.1 *Introduzione.* A garanzia della posizione del concessionario sono previsti specifici istituti. Da un lato, i limiti sostanziali e procedurali previsti per la revoca del provvedimento; dall'altro, il tema della rinegoziazione delle concessioni, che gioca un ruolo a favore del privato, ma che nel corso degli anni è stato disciplinato anche al fine di contenere l'aumento dell'esborso da parte del soggetto pubblico.

Il grado di tutela del privato, nel complesso, è piuttosto alto. L'intervento unilaterale dell'amministrazione è previsto solo a fini di salvaguardia dell'interesse generale; la prassi indica che le norme sono applicate in modo fisiologico. Anche la necessaria – e puntuale – predeterminazione delle ipotesi di revoca della concessione gioca a favore della tutela dell'affidamento. Sul piano economico, in aggiunta, si segnala che in caso di revoca il concessionario ha comunque diritto ad un indennizzo *pari al valore degli investimenti che abbia effettivamente eseguito in base al contratto*.

Il legittimo affidamento del privato, dunque, sembra trovare un solido ancoraggio nel sistema cileno; e ciò emerge chiaramente sia dalle disposizioni relative alla revoca della concessione, sia da quelle attinenti alla modifica delle prestazioni pattuite, la cui disciplina sarà esaminata di seguito.

8.2. *Annullamento e revoca della concessione.* La “estinzione” (dal termine spagnolo “*extinción*”, che in generale si riferisce alla decorrenza del termine, ma che, a seconda della costruzione normativa, contiene ora il concetto di *revoca*, ora quello di *annullamento*) può essere disposta solo per ragioni di interesse pubblico: il relativo potere è attribuito al Presidente della Repubblica (art. 28-ter, Lecop). Ciò evidenzia in modo palese la “gravità” dell'ipotesi, in relazione alla quale viene pertanto assicurato un vaglio delle ragioni sottostanti attraverso l'attribuzione del potere decisorio al massimo organo politico-amministrativo (in ragione della forma di governo del Paese).

L'estinzione della concessione si produce in quattro casi: scadenza del termine; accordo; grave inadempimento; ulteriori ipotesi previste negli atti di gara o nel contratto. A ben vedere, solo in quest'ultima ipotesi può parlarsi propriamente di "estinzione", in quanto la scadenza del termine rientra nella fisiologia della vicenda provvedimentale, visto che la concessione presenta carattere temporaneo (*supra*, § 6.5).

Ad ogni modo, a parte la terminologia usata, le cause "ulteriori", ai sensi dell'art. 78 del regolamento di esecuzione, richiedono la previa definizione e il loro inserimento nel contratto, che deve indicare anche la procedura da seguire ed eventuali compensazioni.

Quanto all'accordo, si tratta di una forma a cavallo tra un provvedimento di secondo grado e un accordo sostitutivo del provvedimento. Gli articoli 26 della legge sulle concessioni (Lecop) e 76 e 77 del regolamento di esecuzione (Recop), in particolare, stabiliscono che la concessione può estinguersi *per accordo tra ministero e concessionario*, ma l'accordo può essere siglato dal ministero solo se vi sia il consenso scritto dei creditori che hanno costituito la garanzia (ai sensi dell'art. 43).

L'ipotesi di "estinzione" assume invece i caratteri sostanziali di una revoca nel caso di *grave inadempimento*, previsto dagli art. 28-*bis* della legge e 79 del regolamento di esecuzione. La formula utilizzata ("*grave inadempimento*") presenta un buon grado di indeterminatezza, che viene compensato dalla disciplina sostanziale e procedurale applicabile.

Sul lato sostanziale, infatti, la revoca per grave inadempimento può essere disposta alla duplice condizione che sia previsto nel bando o nel contratto, e che non arrechi nocimento all'interesse pubblico.

Sul lato procedurale, è previsto un *iter* piuttosto articolato, che prevede l'intervento del Ministero e della Commissione arbitrale, e che consente al concessionario di apprestare specifici rimedi.

In dettaglio, il Ministero, rilevato rilevare l'inadempimento, deve notificare alla società concessionaria e ai creditori l'intenzione di incamerare le garanzie prestate. L'inadempimento deve essere poi valutato e dichiarato dalla Commissione arbitrale (la stessa chiamata a dirimere le controversie, come si vedrà *infra*, al § 10). Al concessionario è concessa quindi la possibilità di introdurre correttivi. Infatti, può presentare un piano di intervento, proponendo le misure che intende attuare per ovviare agli inadempimenti (o evitare che si ripetano). Le misure possono riguardare anche il trasferimento proprietario o la cessione del contratto; in ogni caso, sono soggette all'approvazione dei creditori. A garanzia dell'effettività del

piano, il concessionario deve definire anche un cronoprogramma dettagliato degli interventi che intende realizzare. Il Ministero quindi, fissa un termine per attuare le misure proposte, sotto la supervisione dell'ispettore fiscale.

È prevista, poi, l'ipotesi di abbandono dell'opera o di interruzione ingiustificata del servizio. In tal caso, l'art. 37 della Lecop stabilisce che il Ministero sottoponga la questione alla Commissione arbitrale, la quale accerta i fatti e autorizza contestualmente il Ministero a designare un curatore (*interventor*), scelto tra i docenti universitari per assicurare l'adempimento delle obbligazioni scaturenti dal contratto e rimaste inadempite. Ai sensi del *Código de comercio*<sup>298</sup>, il curatore risponde del mandato conferito *anche per colpa lievissima* – un innalzamento del livello di responsabilità diretto a garantire il buon esito delle operazioni.

L'amministrazione può anche decidere di ricorrere a un nuovo affidamento per l'opera non terminata. A questo fine, il Mop deve acquisire la previa autorizzazione del Ministro delle finanze e indire la nuova procedura entro centoventi giorni dalla dichiarazione di inadempimento. Essendo le clausole contrattuali già determinate (in quanto derivano dalla concessione "estinta"), la nuova gara deve svolgersi entro un termine breve, pari a novanta giorni. Il nuovo affidamento non può contenere condizioni più gravose del precedente ed è concepito al fine di compensare i soli costi effettivamente sostenuti dal concessionario precedente. Qualora, però, non venga espletata una gara pubblica, devono essere compensati anche gli investimenti non ammortizzati.

Da segnalare che, ai sensi delle modifiche apportate nel 2010 all'art. 28-*bis* della Lecop, il concessionario che abbia gravemente inadempito i propri obblighi è colpito da una forma di inabilità temporanea: per cinque anni, infatti, non può partecipare ad altre gare, né stipulare altri contratti di concessione. L'inabilità concerne sia la persona giuridica, sia le persone fisiche che siano con questa in relazione stabile (*relacionadas*); si tratta, sostanzialmente, delle società del gruppo, collegate, filiali, nonché dei soggetti che hanno il potere di nominare un membro del consiglio di amministrazione (art. 100, legge n. 18.045/1981)<sup>299</sup>.

Si affianca alle ipotesi esaminate, pur presentando caratteri diversi, il caso di fallimento dell'impresa, per il quale è previsto l'espletamento di una sub-concessione mediante gara (*sub-asta*), volta ad affidare l'opera e a trasferire la

---

<sup>298</sup> In particolare, dell'art. 207, comma 1, n. 1-5), del Libro IV, relativo ai fallimenti (*De las quiebras*), che indicano la tenuta dei libri contabili e dei documenti, la registrazione delle entrate e di costi, l'autorizzazione a pagare i creditori, la funzionalizzazione dei beni al soddisfacimento dei crediti dell'impresa, sottraendoli ai costi personali del debitore e dei suoi familiari, alla rendicontazione trimestrale delle attività compiute.

<sup>299</sup> *Ley de mercado de valores*, de 21 de octubre de 1981, n. 18.045, modificata, da ultimo, nel 2013.



concessione ad un nuovo soggetto, individuato mediante criteri aperti e predeterminati (art. 83 Recop).

8.3 *Le “renegociaciones”*. Il tema delle rinegoziazioni (*renegociaciones*) è di particolare momento. Si tratta dei cambiamenti di obblighi e oneri previsti nel provvedimento rilasciato a valle dell’aggiudicazione. L’argomento ha fatto emergere diversi dubbi, in quanto la possibilità di modificare il contenuto del provvedimento è stata utilizzata in modo esteso. Tuttavia, anche grazie alle modifiche introdotte nel 2010, che saranno analizzate a breve, è da segnalare che le codizioni con cui vengono applicate le rinegoziazioni sono sempre chiare, orientate al mercato e, in generale, funzionano in modo ottimale, bilanciando gli interessi della parte pubblica e di quella privata (anche grazie alla preparazione tecnica e alla correttezza dei funzionari del MOP).

Secondo uno studio realizzato nel 2009, ogni concessione è stata modificata, in media, tre volte. Per l’effetto, sono stati spostati volumi a favore dei concessionari per un totale di US \$ 2.81 mld; di questi, l’83% sono stati realizzati con il sistema delle rinegoziazioni. Ciò significa che, nel complesso, l’originario importo è stato aumentato, successivamente, del 25%. Il settore stradale fa registrare il tasso di *renegociaciones* più elevato (in media, 4,5, rispetto a un valore di 1,5 degli altri settori); inoltre, in questo ambito quasi l’80% dei casi si è verificato prima della messa in servizio dell’opera. Da notare comunque che l’iniziativa, nell’84% dei casi, è stata pubblica, ossia esercitata dal Ministero<sup>300</sup>.

Nel 2010, con una corposa riforma normativa, sono stati introdotti correttivi per limitare le modifiche del regime concessorio e, soprattutto, per eliminare le ipotesi che generavano maggiore incertezza. Sollecitata dai commentatori e dai soggetti interessati, obiettivo della normativa è offrire maggiori garanzie agli investitori, assicurando al contempo maggiore flessibilità al Ministero. Il legislatore, in questo senso, è intervenuto al fine di definire in modo netto (o, comunque, in misura maggiore rispetto al passato), gli obblighi di entrambe le parti, escludendo modifiche ingiustificate o eccessive.

Le ipotesi introdotte con la riforma possono essere ricondotte a due modelli: le modifiche unilaterali (art. 19, Lecop) e quelle concordate – queste ultime ulteriormente distinte a seconda dell’entità della variazione (art. 20 e 20-bis, Lecop). Soprattutto per effetto della seconda ipotesi, come già evidenziato (*supra*, §

---

<sup>300</sup> I dati sono tratti da E. ENGEL, R. FISCHER, A. GALETOVIC, M. HERMOSILLA, *Renegociación de concesiones en Chile*, in *Estudios Públicos*, 2009, p. 153, 155, 161, 162.

6), il modello concessorio si sposta in una orbita contrattuale: la *struttura immanente* del provvedimento è pressoché superata dalle possibilità di intervento e di adattamento, realizzati attraverso specifiche negoziazioni. La concessione rimane stabile, nella sua essenza, ma ne possono essere modificati gli accidenti.

8.3.1 *Il primo modello: le sopravvenienze.* In base a tale “modello”, il concessionario può richiedere *compensazioni* solo in circostanze eccezionali; nello specifico, ciò è ammesso solo in caso di atto sopravvenuto dell’autorità pubblica. Questo atto, però, deve essere posteriore all’aggiudicazione, non prevedibile, non contenuto in una norma o atto amministrativo generale<sup>301</sup> che riguardi un ambito economico più esteso rispetto a quello toccato dalla concessione e, infine, deve *alterare significativamente* il regime economico del contratto.

Naturalmente, gli investimenti del concessionario realizzati per assicurare i livelli del servizio (previsti nella base d’asta e nel contratto di concessione) non sono suscettibili di compensazione economica (art. 19, comma 2). Sono fatte salve le circostanze eccezionali, a condizione del loro previo inserimento nella base d’asta.

In modo pressoché opposto, è invece prevista una compensazione *allorché sia il Ministero a intervenire, e lo faccia per aumentare il livello dei servizi rispetto a quanto previsto al momento della stipula o per una diversa ragione di interesse pubblico debitamente fondata.* La fondatezza della richiesta presuppone una solida motivazione, ma consente una lettura flessibile: la norma, infatti, non contiene ulteriori specificazioni, elemento che ne rende incerti i margini di applicazione.

Si tratta dell’ipotesi esaminata in precedenza nell’ambito degli interventi in autotutela (*supra*, § 7.2). L’esercizio di tali poteri, infatti, nel quadro normativo si sovrappone al tema delle rinegoziazioni (come evidenziato al §7.1). Richiamando l’analisi già svolta, si osserva che, nei casi in cui sia il Mop ad apportare modifiche, sono ammessi investimenti ulteriori del privato, che dovranno essere remunerati. Per frenare la prassi ‘espansiva’ precedente, la modifica del 2010 ha introdotto una soglia del 15% come massima variazione consentita, da calcolarsi rispetto al valore complessivo dell’opera inizialmente stabilito (*preupuesto oficial de la obra*: art. 19, comma 4). L’aumento, in ogni caso, non potrà essere disposto dopo che sia superato il limite temporale dei tre quarti del termine originariamente pattuito.

---

<sup>301</sup> Si offre questa traduzione per l’espressione, contenuta nella normativa, di “*norma administrativa dictada con efectos generales*”.

Una ulteriore restrizione introdotta concerne l'ipotesi in cui le variazioni superino il 5%: in tal caso, infatti, il concessionario non potrà eseguire direttamente le prestazioni aggiuntive, ma dovrà indire una gara per affidarne il compimento<sup>302</sup>. La gara si svolge sotto la supervisione del Ministero<sup>303</sup> e può essere evitata solo in base a ragioni fondate (dizione suscettibile di essere letta in modo elastico) e previo parere del *Consiglio delle concessioni*.

Sono previste, infine, alcune garanzie procedurali. Innanzi tutto, è richiesto il parere della direzione del ministero competente per materia, che deve valutare diversi aspetti: gli effetti delle modifiche sui livelli di servizio; la valorizzazione degli investimenti; la *proporzionalità* e l'*equivalenza* delle prestazioni aggiuntive, nonché della struttura e dei livelli delle voci tariffarie (art. 19, comma 8). Inoltre, il Ministero non può decidere da solo: il decreto di ampliamento, infatti, deve essere firmato anche dal Ministro delle Finanze (art. 19, comma 9).

8.3.2 *Il secondo modello: l'accordo*. Una diversa tipologia di modifiche al contratto stipulato è previsto dall'art. 20 della Lecop. È un modello bilaterale, in quanto le modifiche sono *concordate* tra Ministero e concessionario. Tecnicamente, viene stipulato un accordo complementare al contratto di concessione. Ciò può avvenire solo a fini *migliorativi* sia dei livelli del servizio che delle caratteristiche tecniche del progetto.

Il limite massimo per le variazioni è stabilito nella misura del 25% dell'importo dedotto nel contratto. La differenza con le ipotesi unilaterali prima descritte risiede nella necessità di una previsione anticipata. L'accordo, infatti, deve essere "autorizzato", in via preventiva, nella base d'asta; in assenza, non si può procedere con le modifiche.

Analoga la disciplina per le modifiche superiori al 5%: anche in questo caso, infatti, il privato deve affidare tramite gara gli ulteriori lavori da realizzare. In questa ipotesi, però, è prevista una eccezione alla regola: la gara non è necessaria qualora gli investimenti ulteriori siano interamente a carico della parte privata. La motivazione di questa differenza risiede, evidentemente, nella natura volontaria delle modifiche: se concordate e non implicanti oneri finanziari ulteriori per la

---

<sup>302</sup> In tale caso, sarà corrisposto al privato quanto effettivamente stabilito in questa nuova gara, cui potrà aggiungersi il costo amministrativo del contratto. Si tratta, a ben vedere, di un ancoraggio fisso delle somme ulteriori poste a carico del Ministero, previsto a fini di un controllo immediato dei costi.

<sup>303</sup> Il Ministero può approvare la gara o presentare osservazioni entro sessanta giorni che decorrono dal momento in cui la base d'asta viene comunicata. Il decorso del termine senza alcun pronunciamento è qualificato dalla norma come a silenzio-assenso.

mano pubblica, possono consentire l'esecuzione diretta dei lavori non originariamente previsti.

Anche in questo caso meccanismi di contenimento e “controllo” delle misure concordate sono previsti attraverso l'introduzione di accorgimenti procedurali. Da un lato, si conferma il parere della direzione competente per materia, diretto a valutare gli elementi precedentemente descritti<sup>304</sup> in riferimento alla *reciprocità* delle prestazioni economiche introdotte (*prestaciones económicas mutuas*). Dall'altro, la firma congiunta dei ministri dei lavori pubblici e delle finanze (art. 20, comma 4).

8.3.3. *Il terzo modello: le variazioni eccezionali.* Un'ipotesi ulteriore, infine, pur ricadente all'interno del modello concordato, è stata introdotta nel 2010 per le variazioni che comportino aumenti *superiori al 25% dell'importo originario*.

A tal fine, la norma prescrive il rispetto di cinque condizioni: a) la presenza di fatti sopravvenuti e originariamente imprevedibili; b) la sussistenza di ragioni di capacità tecnica, esperienza e impatto socio-ambientale che giustifichino l'attribuzione delle nuove opere *allo stesso concessionario*; c) la contrattazione specifica e puntuale delle caratteristiche tecniche e dei livelli del servizio; d) la previsione delle compensazioni secondo criteri specifici (che saranno analizzati *infra*, § 8.2.4); e) la valutazione positiva di un *Panel tecnico* (lo stesso chiamato a pronunciarsi sulle ipotesi di inadempimento: si v. *infra*, § 9).

In presenza di queste condizioni, le proposte di modifica sono sottoposte al *Consiglio delle concessioni*, che deve valutarne la “convenienza”. Il margine di valutazione del Consiglio, come si vede anche dalla terminologia utilizzata, è ampio: la norma infatti non detta specificazioni, rimettendo al Consiglio un giudizio di ordine complessivo. Il Consiglio, che come visto è un organo altamente tecnico, si incentrerà, verosimilmente, sulla soddisfazione degli interessi in gioco, con particolare riferimento a quelli pubblici. Ciò appare congruente rispetto alla dimensione delle modifiche e alla loro attribuzione allo stesso aggiudicatario (non si ricorre, infatti, ad una nuova procedura competitiva per la selezione del soggetto).

Se il Consiglio delle concessioni esprime una valutazione positiva, le modifiche sono approvate con provvedimento recante la firma di entrambi i ministri interessati (dei lavori e delle finanze).

---

<sup>304</sup> Ossia l'impatto sui livelli di servizio, gli investimenti, il rispetto dei canoni di proporzionalità ed equivalenza, ecc.

8.3.4 *I criteri comuni di valutazione.* Per tutte le ipotesi descritte, la normativa introduce criteri di definizione comuni per individuare con esattezza i costi derivanti dalle rinegoziazioni e dalle modifiche bilaterali. Maggiore certezza nella quantificazione delle variazioni economiche, infatti, aumenta le possibilità di controllo.

In particolare, per valutare le “compensazioni”, debbono essere considerati (da soli o congiuntamente) i seguenti fattori: a) sussidi statali; b) versamenti effettuati al concessionario da parte di terzi interessati allo sviluppo dell’opera; c) modifica del valore dei ricavi complessivi della concessione; d) della modifica delle tariffe o altri fattori legato al regime economico alla concessione (art. 20, comma 6, Lecop).

Questi fattori sono essenziali nella procedura di rinegoziazione, in quanto, sebbene con prescrizioni non sempre chiarissime, è stabilito che la somma tra i relativi importi e le modifiche progettuali deve essere pari a zero (art. 20, comma 7, Lecop).

Occorre ricordare, poi, che per ciascuna ipotesi sono previsti i meccanismi procedurali prima descritti (nel primo e nel secondo caso, vi è il controllo dell’amministrazione precedente; nel terzo, un controllo duplice, di tipo esterno, svolto da organismi diversi). In tutti i casi è richiesta la firma congiunta del Ministero delle finanze: tuttavia, si osserva che l’assenza di controlli attribuiti a quest’ultimo nel corso procedimento (dove non sono previste valutazioni del *Ministero de Hacienda*), sembra attribuire alla sua firma un significato solo formale o, comunque, l’avallo dell’operazione sul piano “politico”, in senso lato (vale a dire come riferibilità della decisione, agli occhi della collettività, anche al vertice dell’amministrazione finanziaria).

Nell’insieme, criteri e procedure cercano di limitare l’esborso pubblico. Tuttavia, non mancano dubbi sulla loro efficacia.

In particolare, le considerazioni di tipo economico inserite nella normativa possono generare incertezza sul futuro del rapporto concessorio: da un lato, infatti, si collega la compensazione ad un tasso di sconto, da applicare in relazione agli *effetti economici* che il progetto supplementare produce su quello originario; dall’altro, si prende in considerazione anche il “*rischio ulteriore*” derivante dalla modifica<sup>305</sup>. Questa disposizione potrebbe permettere l’ingresso di incertezze in

---

<sup>305</sup> Questo il testo completo del comma 7 (*traduzione propria*): per il calcolo della compensazione si devono considerare “*il tasso di sconto applicabile, nonché l’effetto economico del progetto supplementare sul progetto originale, compreso l’aumento del rischio*”. Quanto al tasso di sconto applicabile, si stabilisce

sede applicativa, per due ragioni. La prima è che il costo del progetto viene considerato *nella sua interezza*: a ben vedere, una valutazione finale di ordine complessivo produce inevitabilmente margini di apprezzamento. La seconda ragione risiede nella considerazione data all’*“aumento del rischio”*, la cui valutazione è altamente soggettiva e, comunque, opinabile. L’incertezza potrebbe forse essere stata introdotta a fini di ragionevolezza, per considerare globalmente le modifiche da apportare, evitando l’eccessiva rigidità dei singoli criteri. Tuttavia, ciò è allo stesso tempo un limite all’effetto di “contenimento” ricercato dalle nuove norme.

Le prescrizioni introdotte nel 2010, del resto, tendono a restringere le possibilità di intervento, ancorandole a criteri predeterminati, anche se non sono ancora idonee a frenare del tutto le possibili spirali di crescita della spesa pubblica – e, con essa, la garanzia delle previsioni finanziarie. Con l’effetto, in ultima analisi, di ampliare ipotesi che si intendevano definire in modo solido e stabile.

Ad ogni modo, in sede attuativa gli effetti sortiti sono positivi. La prassi denota infatti una particolare cura e attenzione del Ministero nel valutare le ipotesi di modifica del contratto: ciò indica che il sistema amministrativo è in grado di applicare bene le norme introdotte, anche quando presentano margini non nettamente definiti.

## 9. La soluzione delle controversie

9.1. *Quadro generale.* Il sistema, introdotto con la legge sulle concessioni e modificato a più riprese (la ultima nel 2010), è considerato efficace e in grado di risolvere i numerosi problemi applicativi delle concessioni attraverso organi specifici.

Negli anni Ottanta del secolo scorso, vi era la possibilità di ricorrere a una Commissione di conciliazione (*Comisión conciliadora*), chiamata a pronunciarsi sui contrasti tra Ministero e concessionario sugli adempimenti contrattuali. La

---

che “sarà calcolato sulla base del tasso di interesse medio applicabile a strumenti di debito coerente, in relazione alla durata dell’investimento, e corretto in base al rischio rilevante del progetto addizionale e corrispondente ai meccanismi di compensazione che applicabili. Se vi è disaccordo sul tasso di sconto applicabile, le parti possono ricorrere agli organismi di cui agli articoli 36 e 36-bis. Ai fini del presente comma, per progetto addizionale si intende quello direttamente derivante dalla modifica delle caratteristiche delle opere e dei servizi”.

Commissione fissava le proprie regole e, dopo aver tentato la conciliazione tra le parti, poteva decidere la controversia. La conciliazione non eliminava, naturalmente, la possibilità di ricorrere al giudice.

Queste norme non sono state mai applicate: a parte le difficoltà politiche del momento – nel 1987, dopo un *referendum*, si sarebbe finalmente vista la transizione al regime democratico – pesavano sullo strumento il minore interesse per le infrastrutture e lo stesso apparato normativo, considerato poco adeguato a tutelare i soggetti interessati.

Successivamente, con la riforma del 1991, la Commissione è stata modificata nella composizione<sup>306</sup> e gli è stato assegnato anche il potere consultivo sull'applicazione delle multe per inadempimento<sup>307</sup>. In caso di mancata conciliazione, il Ministero dei Lavori pubblici poteva decidere la controversia, eventualmente dichiarando “estinta” (*extinta*: dunque, sostanzialmente revocando) la concessione.

Un decisivo cambiamento di rotta, infine, è stato compiuto nel 2010: la Commissione conciliatrice viene abolita; rimane in vita solo la Commissione arbitrale (*Comisión arbitral*). È possibile, comunque, rivolgersi alla Corte di appello di Santiago (*Corte de Apelación de Santiago*), la quale può giudicare sugli stessi fatti dedotti dinanzi alla Commissione arbitrale – purché le relative controversie non siano state risolte.

Accanto, è stato introdotto un *panel tecnico*. Si tratta di un organismo permanente, istituito presso il Ministero, che ha il compito di risolvere “discrepanze” (ossia contrasti interpretativi) sull'esecuzione del contratto, in relazione ad argomenti di natura tecnica o economica. Quando sono in discussione simili questioni, il ricorso al *panel tecnico* diviene condizione di procedibilità sia dell'arbitrato, sia dell'azione in sede giurisdizionale.

Di seguito, saranno trattati in dettaglio composizione e funzioni degli organismi citati, i rispettivi procedimenti e i poteri decisori ad essi attribuiti per la soluzione delle controversie.

---

<sup>306</sup> I componenti possono essere solo professori universitari, di cui uno designato dal ministero, uno dal concessionario e un terzo, infine, designato di comune accordo da entrambe le parti con funzioni di presidente.

<sup>307</sup> Sul piano procedurale, si hanno quindici giorni di tempo per notificare alla parte l'avvenimento di cause di soluzione (grave inadempimento, fallimento, la distruzione dell'opera o altre cause previste nel contratto). La Commissione ha trenta giorni di tempo per decidere.

9.2. *Il panel tecnico.* I contrasti interpretativi circa l'esecuzione del contratto sul piano tecnico od economico possono essere rimessi, da una qualsiasi delle parti, ad un *panel tecnico*<sup>308</sup>. Si tratta di un organo altamente specializzato, su cui il legislatore ha puntato molto per la soluzione dei problemi esecutivi, al chiaro fine di consentire il pacifico compimento dell'opera. L'organismo, infatti, è di durata elevata, presenta criteri di nomina ben definiti, un regime di incompatibilità serrato e una struttura stabile.

In dettaglio, il *panel* è composto da cinque membri, di estrazione accademica e con un percorso professionale tarato su materie tecniche, economiche o giuridiche, relative al settore delle concessioni di infrastrutture (dunque, non è sufficiente una mera preparazione teorica). La norma, nello specifico, richiede la presenza di due avvocati, due ingegneri e un economista (o, in alternativa, un esperto di materie finanziarie).

I membri del *panel* sono scelti dal “Consiglio di Alta Direzione pubblica” (*Consejo de Alta Dirección Pública, Cadip*<sup>309</sup>), mediante concorso pubblico, svolto secondo procedure oggettive, trasparenti e non discriminatorie, in un arco temporale di sessanta giorni<sup>310</sup>. La nomina dei membri è quindi effettuata dal Ministro dei Lavori pubblici.

Sono previste alcune ipotesi di incompatibilità. I componenti del *panel*, infatti, non possono essere nominati qualora abbiano avuto, nei dodici mesi precedenti, rapporti contrattuali o incarichi in società concessionarie di opere pubbliche<sup>311</sup>; in modo speculare, nello stesso periodo non possono aver avuto incarichi con – o essere stati dipendenti del – Ministero dei lavori pubblici, né con altri organismi incaricati di servizi pubblici, direttamente o indirettamente vincolati alle attività oggetto di concessione. Le incompatibilità sono anche successive (*ex post*): ogni membro, infatti, non potrà svolgere le attività citate per un periodo di un anno successivo all'incarico.

I membri del *panel* restano in carica sei anni; il mandato non è rinnovabile. Sono previsti rinnovi parziali, ogni tre anni<sup>312</sup>. Tra i membri, viene eletto il presidente, che dura in carica tre anni e svolge il proprio incarico *a tempo pieno*; sono infatti inibite attività ulteriori, a parte attività accademiche in Università

<sup>308</sup> Qualora la domanda abbia ad oggetto una risoluzione del Ministero, non ne sospende gli effetti.

<sup>309</sup> Istituito con la legge n. 19.882.

<sup>310</sup> Nell'ambito del concorso, il Consiglio deve verificare l'idoneità del professionista scelto, l'assenza di inabilità e incompatibilità.

<sup>311</sup> La norma precisa i ruoli, citando le qualifiche di direttore o lavoratore dipendente; non sono ammessi nemmeno azionisti, titolari di diritti sull'impresa interessata e sulle sue filiali o collegate, oppure sulle imprese costruttrici o ingegneristiche che siano *sub*-contrattiste delle concessionarie.

<sup>312</sup> Il sistema di rotazione parte dai due avvocati. Le scelte sono compiute dal CADIP in base a liste singole, con l'accordo dei quattro quinti dei suoi membri.



riconosciute dallo Stato. Anche il segretario del *panel*, scelto tra gli avvocati, è soggetto alle stesse regole. Il Ministero dei Lavori pubblici finanzia tutti i costi amministrativi e gestionali del *panel*, nonché la metà degli onorari dei membri; l'altra metà è a carico dei concessionari<sup>313</sup>.

Il *quorum* strutturale è di tre membri (due dei quali non avvocati, qualora si verta sul periodo di *costruzione* dell'opera). Il *quorum* funzionale prevede la maggioranza; in caso di parità, prevale il voto del Presidente. Gli aspetti rimanenti, relativi al funzionamento dell'organismo, sono rimessi a un regolamento adottato da quest'ultimo.

Il *panel tecnico* è posto al di fuori del potere giurisdizionale (art. 36, comma 2, Lecop). Possono essergli rivolti sei ordini di valutazioni: 1) analisi tecniche ed economiche relative agli investimenti (stadio di avanzamento, costi, conformità ai livelli di servizio e agli standard tecnici stabiliti nella concessione); 2) determinazione sulla sussistenza di costi addizionali e le relative cause (economiche, tecniche o gestionali), nonché altre circostanze che possano incidere sul normale sviluppo delle opere in fase di costruzione; 3) superamento di valori di investimento che diano luogo a rinegoziazioni (per atti sopravvenuti o per accordo con il Ministero, come previsto dagli art. 19 e 20 Lecop: *supra*, §§ 8.3.1 e 8.3.2) o integrino una forma di inadempimento (art. 28-ter Lecop: *supra*, § 8.2); 4) effetti economici di eventuali opere aggiuntive; 5) sconti, rischi, costi finanziari e altri fattori economici relativi alle compensazioni previste per il privato nei casi di risoluzione anticipata del contratto, di realizzazione di opere aggiuntive o di altri eventi; 6) altri contrasti relative all'esecuzione del contratto o all'applicazione di norme e regolamenti, che possano essere sottoposte alla sua cognizione in base alla legge.

Il *panel* può chiedere al Ministero e ai concessionari i precedenti che ritenga necessari al fine della soluzione della controversia. È chiamato a pronunciarsi con una raccomandazione tecnica, debitamente motivata, entro il termine, prorogabile di una volta, di trenta giorni dalla richiesta.

La raccomandazione, che deve esser notificata alle parti, è vincolante.

È in ogni caso fatta salva la facoltà di adire la Commissione arbitrale o il Giudice competente, individuato dalla norma nella Corte di appello di Santiago. Non si applica, in tal caso, il principio del *ne bis in idem*: possono essere dedotti dinanzi agli organi citati gli stessi fatti sottoposti al *panel*. La pronuncia della Commissione o della Corte deve tenere in debito conto la raccomandazione del

---

<sup>313</sup> La norma stabilisce anche l'entità degli onorari, maggiore per il Presidente rispetto a quelli dei componenti.

*panel*: l'organo adito in seconda istanza, infatti, non si pronuncia sulla legittimità della decisione del *panel*, ma utilizza, in modo non vincolante, valutazioni e ragionamenti in essa contenute. In altri termini, il successivo giudizio non incide sull'atto, ma presenta una sorta di *effetto devolutivo*, in quanto sono sottoposti all'attenzione dell'organo successivamente adito i medesimi fatti già dedotti dinanzi al *panel*.

9.3. *La Commissione arbitrale*. Le controversie concernenti l'interpretazione o l'esecuzione del contratto possono essere rivolte ad una Commissione arbitrale (*Comisión Arbitral*, art. 36-*bis* Lecop).

La Commissione è composta tre esperti della materia, di estrazione accademica, di cui due avvocati (tra i quali è scelto il presidente). Per la nomina, è previsto un articolato procedimento, in cui vengono formate due rose di nomi. La prima contiene un elenco di venti avvocati ed è predisposta dalla Corte Suprema (il massimo organo giurisdizionale cileno<sup>314</sup>); la seconda, invece, concerne dieci professionisti tecnici (professori universitari nelle aree economica, ingegneristica e della costruzione), designati dal Tribunale per la tutela della libera concorrenza (*Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*). Sono richieste una comprovata attività professionale o accademica, dieci anni di esercizio della professione e assenza di vincoli con le imprese operanti nel settore e con il Ministero (analogamente a quanto previsto per il *panel tecnico*: *supra*, § 9.2).

Le nomine sono effettuate attraverso un concorso pubblico basato su titoli, in base a criteri oggettivi, trasparenti e non discriminatori. Tanto la Corte che il Tribunale sono tenuti a valutare l'idoneità professionale degli eletti e l'assenza di cause di inabilità e incompatibilità. Anche in questo caso (analogamente a quanto avviene per il *panel tecnico*), il concorso deve svolgersi nel termine complessivo di sessanta giorni.

Le rose dei nomi sono rinnovate parzialmente ogni cinque anni, mediante un nuovo concorso pubblico. Nessun esperto può essere inserito nell'elenco per più di quindici anni (anche non continuativi). Le parti scelgono di comune accordo i *componenti effettivi* della Commissione all'interno di tale elenco. In mancanza, il segretario del Tribunale procede per sorteggio tra i candidati designati<sup>315</sup>.

---

<sup>314</sup> La Corte è stata istituita dalla Costituzione politica (*Constitución política*) del 1823. Composta di ventuno membri, è disciplinata dagli art. 93 ss. del *Código orgánico de los Tribunales*, del 15 giugno 1943, modificato da ultimo nel 2014.

<sup>315</sup> La retribuzione dei membri è a carico del concessionario e del Ministero.

La scelta dei componenti effettivi della Commissione – si noti – viene effettuata *in via preventiva*, al momento della stipula del contratto di concessione; la Commissione deve essere costituita entro trenta giorni dalla designazione. I componenti possono essere sostituiti di comune accordo, decorsi tre anni dalla nomina, su istanza di una delle parti, a condizione che la Commissione non stia svolgendo un procedimento.

La Commissione dura in carica *per tutta la durata della concessione*: la norma non è chiarissima – come visto, infatti, la durata del rapporto ha un termine massimo di cinquanta anni. Ad ogni modo, la lettura complessiva dell'articolo lascia intendere la necessaria *permanenza* di una Commissione per l'intera fase di realizzazione dell'opera (quindi, dalle operazioni preliminari all'ultimazione dei lavori di costruzione). Ciò si desume, *a contrario*, dal fatto che le parti possono rivolgersi alla Commissione *nel termine di due anni dalla messa in servizio dell'opera* solo qualora il fatto si sia verificato *durante la fase di costruzione*; può anche trattarsi di un fatto successivo, ma solo qualora se ne abbia notizia *durante la fase di sfruttamento*. Atti, fatti e comportamenti oggetto di contestazione, in altri termini, sono inquadrati entro il termine di ultimazione dei lavori, vale a dire di realizzazione ultima dell'opera appaltata.

La Commissione stabilisce le norme di procedura, le modalità di presentazione dei reclami, le forme di notifica degli atti e delle decisioni alle parti. Ha i poteri di un arbitro arbitratore (“*árbitro arbitrador*”), in quanto può decidere secondo equità. A ben vedere, infatti, l'organismo può decidere non solo in base alle norme primarie e al tenore dei contratti, ma anche al suo *prudente apprezzamento* e, appunto, all'equità (*equidad y prudencia*). Deve interpretare gli atti conformemente ai principi generali dell'ordinamento, ma può fare riferimento *anche alla legislazione straniera*<sup>316</sup>.

Dinanzi alla Commissione, possono essere sollevate questioni relative all'adempimento delle obbligazioni scaturenti dal contratto. Qualora la controversia abbia ad oggetto aspetti tecnici od economici, il previo esperimento del ricorso al *panel tecnico* diviene una condizione di procedibilità della domanda (*supra*, § 9.2).

Il Ministero può ricorrere alla Commissione solo una volta autorizzata la messa in servizio dell'opera; fa eccezione l'ipotesi di grave inadempimento, di cui all'art. 28, che può essere sollevata in qualsiasi fase del rapporto (a partire dalla stipula e per tutta la fase di costruzione). Nei casi di grave inadempimento, fallimento, distruzione dell'opera o altre cause previste nel contratto, l'amministrazione investe la Commissione del potere di dichiarare la sussistenza dei

---

<sup>316</sup> J.E. FIGUEROA VALDES, *El Arbitraje en los Contratos de Concesión de Obras Públicas en Chile. Incorporación de los “Dispute Boards o Paneles Técnicos o de Expertos”*, 2008, p. 7.

fatti contestati, per poter procedere all'adozione di misure correttive, come la nomina di un curatore. Per non ostacolare l'attività, nei casi più gravi è previsto un meccanismo di “*silenzio-assenso*”, in quanto il Ministero può in ogni caso adottare misure decorsi tre giorni dalla richiesta senza se la Commissione si sia pronunciata.

In questa sede possono essere impugnati, da parte del concessionario, anche i provvedimenti del Ministero, entro il termine di un anno dalla loro adozione; in caso di multe, invece, il termine è di 120 giorni. I termini sono sospesi qualora sia pendente un ricorso amministrativo (in opposizione o gerarchico). La parte può chiedere la sospensione degli effetti del provvedimento impugnato, in base a motivi gravi e a prove certe. In ogni caso, la Commissione arbitrale non può determinare, con la sua decisione, la sospensione della costruzione per più di sessanta giorni, a meno che vi sia un accordo delle parti di senso contrario.

Il procedimento deve assicurare il diritto di audizione. Sono ammessi al procedimento, come terzi indipendenti, i creditori della garanzia prestata ai sensi dell'art. 43 della legge.

Le prove sono valutate in base al fondato e logico ragionamento (*sana crítica*) del collegio: questa è una modifica innovativa rispetto al sistema precedente (che prevedeva solo *equidad y prudencia*, già citata) ed implica la possibilità di contare su *prove atípiche*. Infatti, la nuova disposizione ammette non solo i mezzi indicati nell'art. 341 del *Codice di procedura civile* cileno (vale a dire prove documentali, testimonianza, confessione della parte, ispezioni, pareri dei periti, presunzioni), ma anche *qualsiasi altro mezzo o indizio* che, a giudizio della Commissione, sia idoneo a definire i fatti controversi.

La Commissione, anziché decidere, può proporre la conciliazione, sia di ufficio che su istanza, redigendo una bozza di accordo e sottoponendola, entro trenta giorni, alle parti.

La Commissione emette una *pronuncia definitiva* nel termine di sessanta giorni decorrenti dalla prima citazione delle parti. La pronuncia deve essere motivata e contenere gli elementi di fatto e le ragioni di diritto, nonché le motivazioni tecniche ed economiche poste a suo fondamento.

La pronuncia non è impugnabile. La commissione decide le forme di comunicazione della pronuncia e di tutti gli atti processuali.

Come anticipato, anche l'applicazione di eventuali multe dovute a inadempimenti è sottoposta al parere della Commissione, che si pronuncia sia in via preventiva, sia successiva. In via preventiva, esprime una valutazione sulle multe che il Direttore competente intenda irrogare a seguito dell'inadempimento del

concessionario (art. 29, comma 1, Lecop, già citato). In via successiva, decide sul ricorso della parte avverso le sanzioni irrogate.

Da notare, infine, la sussistenza di soluzioni delle controversie tra appaltatori e subappaltatori, affidate ad arbitri designati di comune accordo delle parti, che stabiliscono la procedura da seguire secondo il principio del giusto procedimento (*justo y racional procedimiento o debido proceso*). Il collegio arbitrale, quindi, definisce in maniera definitiva la controversia.

Nella prassi, come emerge in uno studio condotto a cavallo della riforma<sup>317</sup>, le concessionarie hanno generalmente chiesto compensazioni per fatti relativi alla costruzione – a loro giudizio, non prevedibili e controllabili (e dunque non imputabili al privato). Nel 18% dei casi, si è trattato di opere nuove, connesse alla realizzazione dell'opera principale (ritenute necessarie ma non originariamente previste nel contratto); nel 14%, per costi non anticipati; nel 10%, per ritardi nella consegna dei terreni.

CUADRO N° 7: DEMANDAS INTERPUESTAS ANTE COMISIONES  
(en UF)

	(1) Fallos arbitrales	(2) Concilia- ciones	(3) Monto demandado <sup>2-3</sup>	(4) Monto concedido en con- ciliación	(5) Monto concedido en arbi- traje	(6) Total concedido al conce- sionario <sup>4</sup>	(7) Total concedido al MOP
Ruta 5	12	12	5.713.842	3.349.585	1.609.906	4.959.491	0
Carreteras interurbanas	14	11	18.796.006	295.053	3.327.783	3.552.087	70.749
Autopistas urbanas	0	0	0	0	0	0	0
<b>Carreteras</b>	<b>26</b>	<b>23</b>	<b>24.509.848</b>	<b>3.644.638</b>	<b>4.937.689</b>	<b>8.511.578</b>	<b>70.749</b>
Aeropuertos	11	1	2.700.970	39.352	22.860	62.212	0
Cárceles	1	3	0	1.153.524	1.681.785	2.835.309	0
Embalses	0	3	0	215.882	0	215.882	0
Transantiago	0	2	1.289.870	645.599	0	645.599	0
Infraestructura pública	0	0	0	0	0	0	0
<b>Otras concesiones</b>	<b>12</b>	<b>9</b>	<b>3.990.840</b>	<b>2.054.357</b>	<b>1.704.645</b>	<b>3.759.002</b>	<b>0</b>
<b>Total o promedio</b>	<b>38</b>	<b>32</b>	<b>28.500.688</b>	<b>5.698.995</b>	<b>6.642.334</b>	<b>12.270.580</b>	<b>70.749</b>

Figura 18. Domande presentate alle commissioni (fino al 2009) Fonte: Engel et al.

<sup>317</sup> E. ENGEL ET. AL., *Renegociación de concesiones en Chile*, cit., p. 164-167, da cui sono tratti tutti i dati riportati nel testo.

Anche i contrasti interpretativi sulle clausole contrattuali sono stati oggetto frequente di lite: in generale, sul totale delle controversie sono state circa il 24%; l'8,6% circa (sul totale) ha riguardato aspetti finanziari.

Circa il 20% delle controversie ha poi riguardato l'applicazione delle multe, che *in tutti i casi* sono state ridotte o annullate.

Fino al 2008, infine, su 70 casi sollevati, 38 sono stati decisi dalla Commissione, mentre 32 sono stati conciliati.

Il valore complessivo dedotto dalle concessionarie in controversia è stato di US \$ 1.140 mln, ma gli organismi aditi hanno accordato compensazioni nella misura di circa il 42% del totale, ossia US \$ 490 mln (*figura 18*).

9.4. *La tutela giurisdizionale.* La Corte di Appello di Santiago è un organo del potere giudiziario cileno, la cui disciplina si rinviene nella Costituzione del 1823 e nella legge sul potere giudiziale cileno (art. 5, comma 2, e 54 ss., *Código Orgánico de Tribunales*, Cot).

È composta di trentaquattro membri (art. 56, comma 1, n. 5, Cot). Giudica in collegi di tre e, nei casi più rilevanti, in seduta plenaria.

La Corte di Appello può pronunciarsi sulla materia delle concessioni di opere pubbliche in modo *alternativo* alla Commissione arbitrale. Per le controversie di carattere tecnico ed economico, si applica la stessa condizione di procedibilità prevista per la Commissione arbitrale, ossia il previo esperimento del reclamo dinanzi al *panel tecnico*.

Il procedimento che si svolge dinanzi alla Corte in questa materia è di tipo impugnatorio e presenta natura speciale: in particolare, si applicano le disposizioni previste per l'impugnativa dei provvedimenti della Banca centrale cilena (art. 36-*bis*, comma 16, Lecop, che rinvia agli articoli 69-71 della legge organica del *Banco Central de Chile*<sup>318</sup>; si v. anche l'art. 63, comma 5, Cot); è fatta salva, comunque, l'inapplicabilità di alcuni istituti, come il necessario deposito di una cauzione di valore equivalente a quello dell'operazione economica in discussione (art. 36-*bis*, comma 16, n. 1, Lecop).

Il termine per ricorrere è di quindici giorni dalla notifica del provvedimento del Ministero. L'atto introduttivo deve indicare con precisione le violazioni di legge

---

<sup>318</sup> *Ley Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile*, de 4 de octubre de 1989, n. 18.840, modificata, da ultimo nel 2008.

asserite, le ragioni in base alle quali la controversia produca un pregiudizio e il valore di quest'ultimo. In caso contrario, la Corte può dichiarare inammissibile il ricorso.

Il ricorso è notificato dalla Corte al Direttore generale delle opere pubbliche entro dieci giorni dal ricevimento. La Corte istruisce la causa nel periodo massimo di quindici giorni. Decide, con sentenza, nel termine di trenta giorni. La decisione è ricorribile dinanzi alla Corte suprema, che si pronuncia senza la comparizione delle parti.

Il procedimento speciale per la materia delle concessioni svolto dinanzi alla Corte di appello non esclude, comunque, i controlli degli altri organi giurisdizionali e della Corte dei conti (*Contraloría General de la República*).

## 10. Conclusioni

Il modello cileno può essere considerato un fruttuoso esperimento, in cui la sinergia di pubblico e privato ha consentito l'avanzamento del paese sul piano delle infrastrutture, garantendo la costruzione di opere essenziali e la presenza di investimenti, senza comprimere eccessivamente l'interesse pubblico e delle collettività interessate (come emerge dal regime proprietario delle opere)

Di seguito, vengono trattati alcuni aspetti specifici per cercare di rileggere il sistema nel suo complesso. Si farà riferimento al contesto generale, al panorama istituzionale, alla tecnica redazionale delle norme, alla dimensione provvedimentale e alla soluzione delle controversie. Verranno offerti anche alcuni spunti di ordine comparativo che potrebbero essere di ausilio nella lettura orizzontale del "sistema Cile".

10.1 IL CONTESTO DI RIFERIMENTO. Il "successo" del modello cileno è generalmente riconosciuto. Le regole, a parte alcune ipotesi esaminate (come le *rinegoziazioni*, soprattutto prima della riforma) sono chiare, e sono applicate in maniera lineare. Lo sviluppo delle opere e la costruzione progressiva delle infrastrutture, soprattutto in ambito stradale, ne sono la testimonianza.

Tuttavia, al fine di comprendere l'effettiva funzionalità del sistema, occorre tenere in considerazione alcuni elementi, inquadrando il contesto di riferimento che, a bene vedere, si è rivelato particolarmente favorevole. Si possono ricordare, a questo fine, a tre aspetti: le condizioni del paese nel momento in cui è stata avviata la nuova *policy*; il ruolo degli investimenti stranieri; il bilanciamento degli interessi.

10.1.1. *Le condizioni iniziali del paese come elemento essenziale per la comprensione dei fattori “vincenti”.* Il sistema delle concessioni, in particolare, deve essere tarato sul raffronto con la situazione precedente la riforma settoriale (prendendo come data di spartizione il 1990). È evidente, infatti, che l'efficacia del disegno normativo viene valutata in relazione ad una realtà cambiata profondamente nei suoi tratti di fondo; il punto di partenza, infatti, vedeva una situazione di sostanziale assenza di sviluppo delle infrastrutture, soprattutto sul versante stradale. Gli effetti maggiori si sono avuti con la terza ondata di concessioni (a cavallo del millennio) e gli investimenti maggiori si sono realizzati tra il 2003 e il 2006.

Vi è da chiedersi, dunque, quanto la normativa abbia prodotto il cambiamento, o quanto sia vero il contrario. L'assenza iniziale di infrastrutture e la scarsa presenza di investimenti ha, in qualche modo, facilitato lo sviluppo di un settore fino ad allora rimasto fermo. Il *trend* positivo del Cile, in altri termini, si registra partendo dal “grado zero” delle infrastrutture. Il modello è funzionale, ma è partito da condizioni iniziali di sostanziale assenza di infrastrutture. Le variazioni positive devono dunque essere scontate con il grado originario di sviluppo del contesto economico di riferimento.

10.1.2. *Gli investimenti e la circolazione dei capitali come elemento chiave dello sviluppo delle infrastrutture.* In aggiunta a quanto detto, occorre rilevare che la bontà del modello cileno si basa anche sulla normativa sugli investimenti stranieri, come visto adottata nel 1974. La stabile apertura verso l'estero disposta da questa legge, in un Paese “povero” di risorse finanziarie, ha consentito l'ingresso costante di capitali. I fattori esogeni, in questo senso, influiscono parallelamente a quelli endogeni, come la struttura e i caratteri della *policy* di settore.

10.1.3. *Interessi pubblici e privati.* Il partenariato pubblico-privato ha spostato l'accento sulla partecipazione delle imprese private alla realizzazione delle opere.



Ad ogni modo, il sistema è comunque tarato su una costante attenzione alla realizzazione dell'interesse pubblico.

Da un lato, il modello di finanziamento vede una importante presenza dell'indebitamento tramite titoli pubblici. Dall'altro, il rischio di realizzazione dell'opera è addossato al privato. Inoltre, lo sfruttamento dell'opera è a vantaggio del concessionario, per l'intera durata della concessione.

Ciò, però, deve comunque avvenire in vista della soddisfazione dell'interesse generale e degli utenti, ai quali sono riconosciuti diritti di accesso, di continuità del servizio, di informazione, di reclamo. Nel modello, dunque, si correlano strettamente interesse del singolo e quello generale. All'interno dello stesso rapporto si alternano diversi momenti, in cui si assiste alla prevalenza ora dell'uno, ora dell'altro. L'esclusività nella realizzazione dell'opera, e il modello economico che ne è alla base (che prevede un compenso per il concessionario tramite la riscossione delle tariffe), non possono ostacolare l'interesse generale all'utilizzo dell'opera; l'esclusività della concessione, in altri termini, si correla alla pluralità nel suo utilizzo, garantita dall'istituto dell'accesso.

10.2. IL PIANO ISTITUZIONALE. Un altro elemento del successo del modello cileno risiede nella chiarezza del sistema istituzionale, ossia nella precisa attribuzione delle competenze e, soprattutto, nella facilità di dialogo con i privati, che sono messi dinanzi ad un unico interlocutore.

Emerge, inoltre, il rapporto, intrinseco alle strutture competenti, *componente politica/expertise tecnica*. Senza il ricorso ad amministrazioni indipendenti, la ricerca di "neutralità" delle decisioni viene affidata a organismi particolarmente qualificati che operano sulla base di valutazioni tecniche: palmare, in questo senso, la natura del Consiglio delle concessioni, inserito nell'orbita ministeriale ma messo al riparo da interferenze "*atecniche*". Sullo stesso binario del rapporto tra tecnica e politica, si segnala la costante richiesta di professori universitari nelle materie di interesse, a garanzia della presenza di valutatori di elevato profilo.

10.2.1. *Vertice politico e "tecnica"*. La riforma introdotta nella legge sulle concessioni denota la presenza costante di organismi tecnici, di composizione accademica, chiamati a coadiuvare l'organo politico nelle diverse materie toccate dall'oggetto della concessione. Si afferma, così, la presenza di centri di valutazione, paralleli al vertice politico, che svolgono le proprie funzioni in base alle proprie

specifiche competenze. Tali organismi sono chiamati a pronunciarsi in fasi specifiche.

In particolare, si nota la specificità del *Consiglio delle concessioni*, composto di personale altamente specializzato, diversificato in diverse aree di professionali e operante in modo indipendente. Sul piano *strutturale*, non può parlarsi di indipendenza in senso proprio; su quello *funzionale*, tuttavia, il concetto sembra applicabile, in quanto la valutazione del Consiglio non è soggetta al controllo o ad ulteriori valutazioni da parte del Ministro. La legge affida agli “esperti” valutazioni di rilievo, come avviene per il riconoscimento dell’interesse pubblico dei progetti di iniziativa privata. Stabilisce i requisiti dei componenti e li mette al riparo da valutazioni politiche, grazie al regime di incompatibilità e alla definizione delle competenze richieste.

10.2.2. *Il ruolo dell’università.* A quanto detto, si a la presenza dell’accademia, considerata una garanzia nella funzione del sistema complessivo. Come visto, in tutti i casi in cui è prevista la nomina di esperti (valutazione dei progetti, *panel tecnico*, commissione arbitrale, ecc.) la legge richiede il titolo di professore universitario. Peraltro, viene richiesta non solo la qualifica, ma anche una comprovata attività professionale, che dunque. L’Università è parte attiva del sistema delle infrastrutture ed è considerata una garanzia per valutazioni complete e approfondite.

10.3 LA “LATITUDINE” DEI TESTI NORMATIVI. Un ulteriore elemento da considerare è il rapporto tra funzionalità del sistema e grado di dettaglio delle norme. A ben vedere, il sistema cileno ricerca un difficile equilibrio tra le esigenze di flessibilità (a fini di ragionevolezza e di sana gestione del rapporto) e la predeterminazione delle fattispecie (per evitare abusi o comportamenti opportunistici). Nel bilancio così ricercato, il Cile sembra aver anticipato la strada che, da ultimo, ha seguito l’Unione europea con la riforma delle direttive sugli appalti pubblici.

10.3.1. *Il difficile equilibrio nel grado di dettaglio delle norme.* Le norme, in alcuni casi, sono suscettibili di interpretazione elastica. Le clausole non sono sempre definite in modo netto. Ciò, da un lato, consente una regolazione del singolo

rapporto in modo coerente con suoi tratti concreti; dall'altro, potrebbe generare incertezza giuridica.

Appare utile confrontare questo aspetto con le ultime direttive europee adottate in materia di appalti: emerge, infatti, una comunanza nel percorso seguito.

In Europa, ci si è accorti che norme più dettagliate conducono a maggiore contenzioso, che spesso si ferma ad aspetti meramente formali; con conseguenze evidentemente negative, in tema di gestione dei rapporti, di economicità dell'azione, di carico dei procedimenti giudiziari. Per questo, l'Unione ha introdotto modifiche nelle linee di fondo della politica legislativa: si è inteso snellire l'apparato normativo, per renderlo più "generale" e meno dettagliato.

Alla vicinanza di questo approccio con l'ordinamento dell'Unione, si associa, per converso, una differenza – si senso opposto – con l'ordinamento italiano, in cui le norme hanno conosciuto negli ultimi anni una progressiva opera di puntualizzazione e particolarizzazione.

Chiara, in questo senso, la valutazione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori e forniture (Avcp), per la quale *“l'impianto complessivo delle nuove direttive, anche perché riconosce un ruolo centrale alle scelte delle amministrazioni aggiudicatrici, costituisce un approccio alla disciplina degli appalti e delle concessioni di tipo sostanzialmente diverso dal contesto normativo italiano, nel quale, mediante una regolamentazione molto puntuale, si è cercato di limitare la discrezionalità delle stazioni appaltanti”*. Se ciò appare condivisibile *“soprattutto in considerazione del condivisibile obiettivo di prevenire fenomeni di corruzione o di infiltrazioni criminali”*, il rischio connesso è quello di una *“una regolamentazione molto spinta”*, che *“ha prodotto forti incentivi al contenzioso, senza ottenere risultati evidenti in termini di efficacia ed efficienza”*.

L'Avcp, dunque, lamenta che il contenzioso genera dal mancato rispetto di *“procedure puramente formali che possono non incidere sugli aspetti sostanziali dell'affidamento, con conseguente grave danno per la finanza pubblica e per la qualità dei servizi offerti alla e dalla pubblica amministrazione”*<sup>319</sup>.

Le linee direttrici della legislazione cilena, dunque, sembrano precorrere, con le dovute differenze, la linea ora seguita dall'Unione, che gli Stati membri dovranno seguire nel recepimento delle direttive.

---

<sup>319</sup> AVCP, *Atto di segnalazione n. 3, del 21 maggio 2014*, p. 3. Si tratta della segnalazione dell'Autorità al Governo, ai sensi dell'art. 6, comma 7, lett. f), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, in merito alle recenti direttive europee in materia di appalti, *utilities* e concessioni (rispettivamente, n. 2014/24/UE, 2014/25/UE e 2014/23/UE).

10.3.2. *La ricerca di stabilità attraverso la predeterminazione.* In modo connesso a quanto appena evidenziato, si nota che sono numerosissime le norme della Lecop e del Recop che consentono l'espletamento di procedure o l'applicazione di istituti o singole misure *solo laddove siano previste nel bando di gara.*

Le norme confermano, in questo senso, una struttura aperta: lasciano le possibilità di compiere determinate scelte, purché siano preventivamente stabilite negli atti. La stessa effettività delle norme, dunque, è condizionata al loro recepimento negli atti di gara o nel negozio stipulato a fini concessori. Non solo: anche la definizione puntuale del contenuto del rapporto è affidata, in molti casi, a quanto stabilito negli atti. Ne deriva che l'apertura delle norme e la possibilità di ricorrere a determinati istituti viene "compensata", a fini di certezza, dalla necessaria predeterminazione successiva, negli atti che andranno a costituire parte essenziale del regime concessorio, disciplinandone il rapporto.

Ne emerge un delicato equilibrio tra "apertura" delle norme (generale) e necessaria "predeterminazione" (specificata), che si concretizza nella fase precedente alla costituzione del rapporto.

10.4. LA DIMENSIONE PROVVEDIMENTALE. I caratteri del provvedimento rivelano alcuni elementi di rilievo, che testimoniano l'esigenza di coniugare l'interesse generale (dello stato) con quello singolare (delle imprese) in modo costruttivo e flessibile. In generale, poi, la costruzione del provvedimento e la sua gestione in costanza di rapporto indicano come alcune categorie del diritto amministrativo possano essere rilette in chiave critica, almeno all'interno di un'analisi comparata.

Accanto a tali aspetti, emergono anche quelli di ordine procedurale. In particolare, il ricorso alle gare in caso di opere aggiuntive consente una comparazione con quanto avvenuto nel diritto italiano con le convenzioni urbanistiche, a seguito di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea (al tempo della sentenza, delle Comunità europee).

10.4.1. *La natura della concessione e il superamento del modello.* La struttura della concessione e la presenza costante di categorie contrattuali indicano una compenetrazione degli strumenti utilizzati e un reflusso dagli strumenti puramente amministrativi verso un approccio negoziato alla definizione del contenuto del

provvedimento e alla soluzione dei problemi applicativi. Sembra assistersi, infatti, ad una attenuazione del modello provvedimentale, o, quanto meno, ad una ricerca di gestione “condivisa” dei rapporti tra le parti: ciò sfocia in un impianto controllato, vale a dire tendenzialmente predeterminato, ma flessibile. Molte clausole, infatti, possono essere introdotte solo se previsto negli atti di gara (limitando dunque la gestione del rapporto); allo stesso tempo, numerosi correttivi sembrano ricercare un adattamento di quanto cristallizzato nel provvedimento alla mutevole vicenda legata alla costruzione dell’opera.

Il dettato normativo, in altri termini, indica una concezione “contrattuale” delle concessioni; in tale scelta, confluiscono elementi di diritto privato e di diritto pubblico, secondo un *modello misto* che consente di indirizzare lo strumento privatistico verso l’assicurazione degli interessi generali. Le recenti indicazioni della dottrina d’oltreoceano sembrano confermare tale natura.

10.4.2. *Il tema delle modifiche.* Le modifiche sono il diretto corollario di quanto affermato e, come visto, sono un tema centrale del rapporto concessorio. A volte vengono sollecitate direttamente dal Ministero. Spesso, però, sono *concordate* tra le parti. Tale quadro muta la concezione statica della concessione, in cui l’amministrazione è *dominus* incondizionato del trattamento stabilito per il privato. È vero il contrario: l’amministrazione è chiamata a confrontarsi continuamente con le esigenze del privato. Queste emergono in corso di rapporto, con la conseguenza di ridisegnarne i tratti, spostando l’attenzione dall’atto al rapporto. Riducendo, in questo modo, la capacità di “cristallizzazione” delle condizioni all’interno del primo, non più monade isolata, espressione del potere del concedente, ma inserito nel tessuto dinamico delle evoluzioni economiche e giuridiche afferenti alla sfera del singolo.

Anche in questo caso, infine, si può evidenziare che, nella riforma del quadro normativo degli appalti dell’Unione europea, si trova un elemento convergente con quanto analizzato in Cile: le nuove direttive, infatti, sembrano effettivamente introdurre la possibilità di introdurre *modifiche* nel rapporto, rispetto al quadro normativo precedente (ed tuttora in vigore). Si tende, dunque, ad adattare la necessità di controllo da parte dell’amministrazione (soprattutto in termini di spesa) con l’esigenza di svolgere una ponderazione ragionevole sui fatti e sulle problematiche sopravvenute, verificatesi in costanza del rapporto.

10.4.3. *Il rapporto dei privati con le gare.* Le compensazioni di cui all’art. 19 delle legge cilena sulle concessioni, sono consentite ma impongono *in capo al*

*privato l'obbligo di indire una gara per la scelta del soggetto che deve realizzare lavori non originariamente previsti.*

Ciò ricorda da vicino quanto avvenuto in Italia con riferimento alle convenzioni urbanistiche, con particolare riferimento all'onere del privato di realizzare le opere di urbanizzazione primaria e secondaria. Come noto, infatti, in base ad un rinvio pregiudiziale disposto dal Tar Lombardia, la Corte di Giustizia stabilì che i lavori superiori a una determinata soglia dovessero comunque essere affidati tramite gara (per assicurare la compatibilità della disciplina italiana al diritto dell'Unione europea)<sup>320</sup>. La soluzione, nell'ordinamento nazionale, fu trovata imponendo direttamente al privato l'obbligo di procedere con gara all'affidamento dei lavori pattuiti. Il presupposto era completamente diverso da quello in esame, ma è possibile delineare una conclusione comune: lo spostamento, dal soggetto pubblico a quello privato, dell'onere di espletamento della gara; la presenza di determinate condizioni, sempre successive (nel caso cileno, alla definizione del rapporto concessorio e alla emersione di compensazioni e, nel caso nazionale, alla pianificazione, con l'assunzione dell'obbligo di realizzare opere di urbanizzazione primaria).

10.5 LA SOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE. Il sistema di soluzione delle controversie è un tassello essenziale del sistema cileno; anche all'estero, viene considerato un fattore decisivo per l'affidabilità e un elemento di solidità per gli investimenti effettuati. Le riforme apportate hanno costruito un sistema articolato nel quale sono i ruoli dei diversi organismi sono definiti e improntati alla celere ed efficiente definizione dei contrasti. Nella prassi, tuttavia, emerge in modo forte l'utilizzo di tali strumenti come risposta alle maggiori pretese dei privati. In senso generale, infine, si osserva una criticità concernente il tendenziale distacco dal sistema giurisdizionale, come emerge dalla limitazione dei poteri di intervento sulle decisioni arbitrali.

10.5.1. *La centralità dei meccanismi di soluzione delle controversie.* La riforma del 2010 ha comportato la definizione di un ruolo "forte" della commissione arbitrale. In molti casi, come visto, le commissioni hanno molte volte risolto questioni inerenti a richieste di modifica da parte dei privati, pronunciandosi sulle pretese ulteriori dei privati rispetto a quanto originariamente pattuito. Spesso,

---

<sup>320</sup> Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 12 luglio 2000, causa C-399/98, *Consiglio Nazionale degli Architetti e altri c. Comune di Milano e altri*.

le hanno ridotte. Per questo motivo, la presenza di meccanismi di soluzione delle controversie è considerata di notevole ausilio, sia in vista del mantenimento dell'equilibrio nel rapporto, sia di una celere tutela delle situazioni giuridiche delle parti. In questa direzione, si legge anche l'introduzione di un ulteriore strumento, il *panel tecnico*, che in ogni caso deve precedere il procedimento arbitrale, così concorrendo al rafforzamento degli strumenti concepiti per affrontare i momenti patologici del rapporto.

10.5.2. *La fuoriuscita dal sistema giurisdizionale.* Un fattore critico del disegno complessivo è dato dalla inappellabilità delle decisioni delle commissioni arbitrali. È vero che, come visto, vi è una fase pregressa (il *panel*) che compensa la decisione in un unico "grado". Tuttavia, è evidente che la ricerca di meccanismi celeri ed efficaci presenta il rischio di vanificare il ruolo delle corti statali e, con esse, il diritto di difesa.

È da valutare con attenzione, dunque, la tendenza alla *fuga dalla giurisdizione* e, nello specifico, i suoi riflessi in termini di assicurazione dei diritti. Anche sul piano dell'efficienza economica, una decisione in unico grado potrebbe comportare a soluzioni non ottimali (in termini di spesa pubblica o, per converso, di soddisfazione delle pretese legittime del singolo). Una soluzione intermedia, nell'ottica esclusiva di una maggiore tutela dei diritti, potrebbe essere quella – forse introdotta dalla normativa proprio a tal fine – di una indicazione stringente dei requisiti dei componenti e dei criteri di composizione degli organismi, basati su rose di nomi e criteri di scelta affidati interamente al potere giudiziario. Quasi introducendo, in questo senso, una forma di compensazione rispetto alla "fuga" evidenziata.

## Executive Summary

Il settore delle infrastrutture, specialmente nel settore stradale, assume in Cile un valore quasi paradigmatico. Studi di organizzazioni internazionali, amministrazioni estere, dottrina, *World Economic Forum* sono pressoché unanimi nel riconoscere il modello del Cile degli ultimi venti anni un modello regolatorio particolarmente proficuo.

Vanno compresi ambito, condizioni di partenza e stato dell'amministrazione pubblica per capire a fondo il modello cileno, evidenziandone i molti pregi e anche alcuni limiti.

Alla base del settore, una **cospicua e complessa riforma della normativa**, che a partire dal 1991, con alcuni assestamenti intermedi e, da ultimo, con le modifiche introdotte nel 2010, assume le sembianze di un corpo normativo e regolamentare solido e stabile, in cui campeggia un interlocutore istituzionale unico, e di rilievo centrale, come il *Ministero dei Lavori pubblici (Ministerio de Obras Públicas)*.

Vi sono, all'interno di quello che si può definire **sistema delle concessioni**, alcuni elementi determinanti:

1. investimenti stranieri;
2. remunerazione delle opere;
3. stabilità del provvedimento;
4. regime delle controversie.

Con riferimento al primo aspetto, **gli investimenti stranieri costituiscono una solida base per lo sviluppo delle infrastrutture**. La normativa, che risale nel suo impianto originario al 1974, consente agli investitori di fruire di un quadro normativo e regolatorio particolarmente stabile, che rende il Paese appetibile per i fondi esteri.

L'indebitamento pubblico è ancora una componente importante e costituisce una costante nell'avvio di nuovi progetti. Tuttavia, **è la sinergia con il privato a giocare un ruolo chiave**: infatti, la costruzione delle opere si basa soprattutto sulla profittabilità delle stesse, ossia sull'introduzione di un **meccanismo di remunerazione basato sulle tariffe** – pagate dagli utenti a fronte dell'uso delle infrastrutture – diretto a compensare i costi e a garantire utili.

La remunerazione, intesa anche come struttura e variabilità della tariffa, diviene un elemento chiave anche ai fini dello svolgimento delle procedure



pubbliche – nelle quali, infatti, si tiene debitamente conto di costi, andamenti e possibili revisioni della tariffa nel giudicare le offerte migliori.

Anche nel caso delle opere viarie urbane, la previsione di una fatturazione differenziata e di una tariffa dinamica, di tipo incrementale, consente di realizzare opere particolarmente profittevoli per il privato e, allo stesso tempo, idonee a soddisfare gli interessi della cittadinanza.

In tale contesto, giova parallelamente segnalare che la presenza di investitori stranieri si concretizza anche nella **significativa percentuale di istituti bancari esteri**, che negli ultimi venti anni hanno fatto registrare valori anche superiori al 50% (alla fine degli anni Novanta), raggiungendo soglie minime (ma sempre alte: attorno al 38%), solo all'inizio della prima decade del millennio.

Gli istituti bancari, peraltro, non sono i soli a favorire lo sviluppo del settore: soprattutto a valle della “crisi” finanziaria del 2009, sono stati affiancati, in maniera sempre maggiore, da **assicurazioni**. In precedenza, inoltre, grazie al consolidamento del settore bancario nazionale avviato nei primi anni Ottanta, anche soggetti come i fondi di investimento hanno giocato un ruolo importante nel finanziamento delle opere pubbliche.

Il terzo fattore vincente è testimoniato dalla presenza di un **solido regime provvedimentale**, che da un lato offre certezza al mercato, in quanto è una base fissa che, nella sua “sostanza prima”, non viene intaccato durante il rapporto concessorio; dall'altro, consente comunque di intervenire sugli accidenti, come testimoniato dalla costante presenza di “rinegoziazioni”, che hanno avuto l'effetto pratico, nella quasi totalità dei casi, di rivedere il prezzo complessivo dell'opera.

La revoca delle concessioni si è avuta in pochissimi casi e solo per i motivi più gravi; per essa è previsto l'intervento “straordinario” del Presidente della Repubblica (laddove tutti gli atti sono normalmente firmati dal Ministro dei lavori pubblici e, in determinati casi, come le citate rinegoziazioni, anche dal Ministro delle Finanze) inoltre, nei casi di modifica, le condizioni non sono mai peggiorative per il privato.

Il sistema delle concessioni, dunque, appare assumere un connotato negoziale, in cui la **natura contrattuale e bilaterale** dell'atto e del rapporto diviene dominante; ciò produce, sul piano applicativo, un certo margine di **flessibilità nella gestione del rapporto tra amministrazione e privato**. Una flessibilità che, comunque, non arriva all'indeterminatezza, posto che vi sono margini e confini precisi entro i quali occorre muoversi – ammessi dalla normativa e stabiliti previamente nel bando a seconda del caso.

Come evidenziato dalla dottrina, la natura contrattuale del provvedimento e la *partnership* pubblico/privata non priva il sistema di una **finalità di carattere sociale**, valore teleologico inscindibilmente legata al settore. È su tale finalità che viene orientata l'attività svolta, sia all'interno del procedimento, sia nell'emanazione del provvedimento, sia, infine, nella gestione del rapporto scaturente da quest'ultimo.

Anche il **regime della proprietà**, che rimane statale, deve essere valutato come un elemento di certezza e di rigore delle scelte adottate all'interno della *policy* delle infrastrutture pubbliche. Su tale perno, si innesta la concessione al privato, che spazia dalla costruzione fino alla gestione e all'uso dell'opera.

Infine, il **sistema di soluzione delle controversie** presenta un livello di efficienza innegabile, in quanto assicura celerità e sicurezza dei risultati in tempi determinati. Con la riforma del 2010, è stata prevista la sola presenza della *Commissione arbitrale*; un *panel tecnico*, poi, è chiamato preventivamente a dirimere alcune controversie, in modo da filtrare le questioni risolvibili in via consensuale. Infine, è assicurata anche la tutela in sede giurisdizionale, con un procedimento molto celere che si svolge di fronte alla *Corte de Apelación* de Santiago. Nella prassi, anche ricollegandosi a quanto detto in precedenza, si registra un esteso ricorso alla soluzione delle controversie per risolvere conflitti relativi all'adeguamento dei prezzi, in base a circostanze "sopravvenute" in corso d'opera. Le commissioni hanno spesso effettuato un bilanciamento, riconoscendo interventi non prevedibili, ma frenando l'entità delle richieste di revisione della condizioni economiche presentate dai privati.

Elementi ulteriori del sistema complessivo cileno sono rinvenibili nella "**latitudine**" delle norme, che consente una applicazione flessibile delle regole del bando e una loro articolazione, basata sui caratteri specifici dell'opera; la presenza di un **interlocutore istituzionale unico**, in quanto il *Ministerio de Obras Públicas* rappresenta un punto di riferimento certo per le imprese, che non incorrono nel rischio di "perdersi" dinanzi alla distribuzione delle competenze amministrative; la **trasparenza** dell'amministrazione, che consente di seguire con cura l'attività svolta e di ottenere informazioni in modo esteso e senza particolari difficoltà; l'introduzione di **organismi tecnici** particolarmente qualificati, come il *Consejo de las Concesiones*, che operano su livelli di valutazione piuttosto elevati – e per questo particolarmente difficili – come il riconoscimento della natura dell'interesse pubblico di un'opera (essenziale, ad esempio, quando il progetto sia di iniziativa privata).

Si segnala, infine, che il lato positivo del regime cileno è dovuto anche al fatto che le **condizioni iniziali di partenza erano molto favorevoli**: alla fine degli anni

Ottanta il Paese, che usciva da poco da un lungo regime dittatoriale, era quasi privo di infrastrutture di rilievo. Anche per tale ragione, dunque, la costruzione successiva si è rivelata agevole e il tasso di intervento deve essere parametrato ad una situazione iniziale tendente quasi al “grado zero”.

Sul piano fattuale, peraltro, la situazione complessiva non è ancora ottimale: la **pavimentazione** di molte strade (la maggioranza) stenta a decollare, soprattutto nelle zone rurali; e anche le infrastrutture urbane, nel loro complesso, richiedono ulteriori sforzi e miglioramenti.

Dopo più di venti anni dalle sue prima applicazioni, l’impianto complessivo prescelto conferma la sua bontà – anche grazie alla attenzione costante ad esso riservata, che ha condotto a diverse modifiche nel corso del tempo a fini migliorativi (come testimoniato dalla “ultima” revisione del 2010).

Il settore, conclusivamente, è ancora sano e tendenzialmente, al netto degli interventi di matrice pubblica che si stanno verificando in questo periodo, ancora in evoluzione. L’espansione, in particolare, appare ancora in vista come conseguenza della necessità di ampliare la rete stradale e migliorare quella esistente.

## Bibliografía esencial

### *Dottrina*

E. BITRAN, S. NIETO-PARRA, J. SEBASTIÁN ROBLEDO, *Opening the Black Box of Contract Renegotiations: An Analysis of Road Concessions in Chile, Colombia and Peru*, OECD Working Paper No. 317, 2013.

J.R. COUYOUMDJIAN *Panorama de las obras públicas en Chile. Contexto, fuentes y bibliografía*, in *América Latina en la Historia Económica*, vol. 7, 2000, p. 85 ss.

C. CRUZ LORENZEN, M. ELENA BARRIENTOS, con la colaboración de S. BABBAR, *Toll Road Concessions. The Chilean Experience*, World Bank, Pfg Discussion Paper Series, Number 124, 2001.

E. ENGEL, R. FISCHER, A. GALETOVIC, M. HERMOSILLA, *Renegociación de concesiones en Chile*, in *Estudios Públicos*, 2009.

J.E. FIGUEROA VALDES, *El Arbitraje en los Contratos de Concesión de Obras Públicas en Chile. Incorporación de los “Dispute Boards o Paneles Técnicos o de Expertos”*, 2008.

R. FISCHER, P. SERRA, *Efectos de la Privatización de Servicios Públicos en Chile*, Banco Interamericano de Desarrollo, 2007.

V. GHOSAL, *Reforming Rules and Regulations: Laws, Institutions, and Implementation*, Cambridge MA, MIT Press, 2011.

A. GÓMEZ-LOBO, S. HINOJOSA, *Broad Roads In A Thin Country. Infrastructure Concessions in Chile*, Oxford, United Kingdom and Department of Economics and Santiago, University of Chile, January 2000.

L. HERNÁNDEZ, F. PARRO, *Sistema Financiero y Crecimiento Económico en Chile*, Banco Central de Chile, Documento de Trabajo, 2004, p. 6 ss.

R. IBARRA-CORONADO, *La ley de concesiones de obras públicas chilena en el tiempo*, in *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 19, julio-diciembre, 2011, p. 183-221.

W. KRISTJANPOLLER RODRÍGUEZ, J. DÍAZ ANTILLANCA, *Una Nueva Estructura De Garantías Para Los Bonos Chilenos De Infraestructura*, in *Revista de Economía Institucional*, vol. 13, n. 25, 2011, p. 275 ss.

I. OROZCO, *An Analysis of the Banking System Structure in Chile, Colombia and Peru in Light of the Creation of the Integrated Latin American Market – MILA Market*, The Leonard N. Stern School of Business, Glucksman Institute for Research in Securities Markets, April 2014.

S. PONCE DE LEÓN SALUCCI, *El contrato de concesión de obra pública en la legislación chilena. Análisis constitucional de algunos de sus elementos*, in *Revista de Derecho Publico*, vol. 79, 2013, p. 115 ss.

P. ROZAS BALBONTÍN, J.L. Bonifaz, *Notas sobre la teoría de la empresa pública de servicios de infraestructura y su regulación*, Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), Santiago del Chile, 2014.

D.M. RUFÍAN LIZANA, *Políticas de concesión vial: análisis de las experiencias de Chile, Colombia y Perú*, Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social (Ilpes), Serie Gestión Pública, Santiago del Chile, 2002.

*Rapporto sulle infrastrutture in Italia. Le infrastrutture autostradali*, a cura di C. STAGNARO, Roma, Ibl, 2010.

P. SAONA HOFFMANN, M. JARA BERTÍN, M. MORENO WARLETA, *Firm Size as Determinant of the Nonlinear Relationship Between Bank Debt and Growth Opportunities: The Case of Chilean Public Firms*, in *Journal of Emerging Markets Finance and Trade*, in *Emerging Markets Finance and Trade*, 2014, p. 265 ss.

J. TORO SEPEDA, *Experiencia Chilena de Concesiones y Asociaciones Público-Privadas para el Desarrollo de Infraestructura y la Provisión de Servicios Público*, *Informe final del Programa para el Impulso de Asociaciones Público-Privadas en estados Mexicanos (Piapem)*, 2009.

J.M. VASSALLO, *Traffic Risk Mitigation in Highway Concession Projects. The Experience of Chile*, in *Journal of Transport Economics and Policy*, vol. 40, parte 3, 2006, p. 359 ss.

### *Documentazione*

BANCO CENTRAL DE CHILE, *Statistics Database*

CAMARA CHILENA DE LA CONSTRUCCION, *Balance de la infraestructura en Chile. Análisis de la evolución sectorial y proyección 2010/2014*, 2014

ECONOMIC RESEARCH OF THE FEDERAL RESERVE BANK OF ST. LOUIS, *Percentage of Foreign Banks Among Total Banks for Chile*, September 2014

FOREIGN INVESTMENT COMMITTEE (CIEChile), *Chile. Land of opportunities*, July 2013

HUMPREYS, *Reporte Especial. Concesiones en Chile: Una mirada retrospectiva*, agosto 2011

MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, *Carta Caminera 2013*

MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, *Chile 2020. Obras Públicas para el desarrollo*, 2010

MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS – DIRECCIÓN DE PLANEAMIENTO, *Política de Conservación Vial Etapa 3 – Caminos No Pavimentados*, 2012

WORLD ECONOMIC FORUM, *Rapporto sulla competitività 2012-2013*

WORLD ECONOMIC FORUM, *Infrastructure Investment Policy Blueprint*, 2014

WORLD ECONOMIC FORUM, *Benchmarking National Attractiveness for Private Investment in Latin American Infrastructure*, 2007

### *Siti di riferimento*

Banco Central de Chile ([www.bcentral.cl](http://www.bcentral.cl))

Banco Interamericano de Desarrollo ([www.bid.cl](http://www.bid.cl))

Cámara Chilena de la Construcción ([www.cchc.cl](http://www.cchc.cl))

Ministerio de Obras Públicas ([www.mop.cl](http://www.mop.cl))

Dirección General de Planeamiento ([www.dirplan.cl](http://www.dirplan.cl))

Coordinación de las Concesiones ([www.concesiones.cl](http://www.concesiones.cl))

Biblioteca de Congreso Nacional de Chile – Ley Chile ([www.leychile.cl](http://www.leychile.cl))

Instituto Nacional de Estadística ([www.ine.cl](http://www.ine.cl))

## Appendice

### A. PROGETTI IN FASE DI STUDIO

#### A.1 Autostrada “Costanera Central”



Situato nell'area metropolitana, il progetto prevede una strada sotterranea di elevato standard, che costituisce un nuovo asse di trasporto e che comprende: la strada soppia Isabel Riquelme-Centennial, le strade adiacenti alla Aguada Zanjón e la Florida Av-Av Camilo Henríquez.

Il progetto è teso al miglioramento del sistema di trasporto, sia pubblico che privato. Inoltre, introduce una modalità esclusiva per il trasporto pubblico in Av. Florida, cercando di decongestionare gran parte del traffico della zona sud-est della capitale.

Il progetto prevede 20 km di superstrada a doppia corsia, per lo più con 3 carreggiate per ogni direzione.

Area: Santiago

Volume: 20 km

Investimento stimato: U\$ 1.943 mln (UF 43.000.000)

Inizio della gara: Studio progettuale

Fase di pre-qualificazione: /

Ricezione delle offerte: /

Apertura delle offerte economiche: /

Info: [http://www.concesiones.cl/proyectos/Paginas/detalle\\_adjudicacion.aspx?item=119](http://www.concesiones.cl/proyectos/Paginas/detalle_adjudicacion.aspx?item=119)

## B. PROGETTI IN FASE DI GARA

### B.1. Ruta G21, Accesso a Centros de Esquí



Si tratta di una strada nel settore Nordorientale di Santiago, in una zona di grande bellezza naturale.

L'opera tende a realizzare una maggiore accessibilità agli utenti, migliorando un tratto di strada di 30 km e aumentando il livello di sicurezza.

In questo modo, si conseguirà anche la connessione tra Santiago, il Santuario de la Naturaleza Yerba Loca, i centri invernali di El Colorado, La Parva y Valle Nevado, nonché le comunità di Farellones.

La realizzazione dell'opera serve a facilitare, inoltre, le attività produttive montanee.

Tipo di Iniziativa: Iniziativa **Privata**

Area: Regione Metropolitana

Volume: 30 km

Investimento stimato: US \$ 88 mln (UF 1.810.000)

Inizio della gara: 2 ottobre 2012

Senza pre-qualificazione

Ricezione delle offerte: 25 maggio 2014

Apertura delle offerte economiche: 23 maggio 2014

Info: [http://www.concesiones.cl/proyectos/Paginas/detalle\\_adjudicacion.aspx?item=65](http://www.concesiones.cl/proyectos/Paginas/detalle_adjudicacion.aspx?item=65)



## B.2. Strada Amerigo Vespucci Orientale (tratto *El Salto - Príncipe de Gales*)



Il progetto di concessione Amerigo Vespucci Oriente, Jump-Stretch Principe di Galles, concerne la costruzione e la messa in funzionamento di una superstrada urbana, avente una lunghezza di 9,3 km, il cui tracciato comprende cinque comuni: La Reina, Las Condes, Vitacura; Recoleta e Huechuraba.

Il *design* prevede 2 o 3 corsie. Nella zona di El Salto al Ponte del Centenario, è prevista la realizzazione di un *tunnel* di tre tracce, sotto il Cerro San Cristóbal e il fiume Mapocho; parallelamente, si prevede anche di migliorare il manto stradale.

Questo progetto consentirà di ridurre i tempi di viaggio per coloro che attraversano il settore orientale di Santiago, migliorando il livello di servizio di un percorso strutturale, che attualmente presenta alti livelli di saturazione.

Tipo di iniziativa: Pubblica

Area: Regione Metropolitana

Volume: 9 km

Investimento stimato: U\$ 940 mln (UF 19.400.000)

Inizio della gara: 30 luglio 2013

Fase di pre-qualificazione: 13 settembre 2007

Ricezione delle offerte: 16 gennaio 2014

Apertura delle offerte economiche: 28 gennaio de 2014

Info: [http://www.concesiones.cl/proyectos/Paginas/detalle\\_adjudicacion.aspx?item=47](http://www.concesiones.cl/proyectos/Paginas/detalle_adjudicacion.aspx?item=47)

## C. PROGETTI IN FASE DI AGGIUDICAZIONE

### C.1 RUTAS DEL LOA



Situato nella regione di Antofagasta, il progetto si trova sulla *Ruta 25*, la strada principale di accesso alla città di Calama.

I lavori comprendono la costruzione di strade secondarie, la sostituzione e il ripristino della pavimentazione stradale esistente e la costruzione di una tangenziale alla città di Calama, per un tratto di 136 km.

È previsto il miglioramento delle condizioni di sicurezza, delle strutture di sottopassaggio, degli incroci regolati a livello. Si aggiunge la costruzione di strade di servizio, di fermate degli autobus, nonché il rifacimento dell'illuminazione e della segnaletica, assicurando altresì una maggiore tutela paesaggio, attraverso il miglioramento dei servizi igienici e fognari e la realizzazione di strumenti di controllo. Tra i benefici del progetto si segnala il miglioramento dell'accesso alla città di Calama, idoneo a fornire una maggiore offerta in termini di sicurezza stradale e di ottimizzazione dell'andamento del traffico.

Iniziativa: Iniziativa privata

Regione: Regione di Antofagasta

Volume: 136 km

Investimento stimato: US \$ 318 mln (UF 6560000)

Inizio della gara: 26 dicembre 2011

Pre-qualificazione: /

Ricezione delle offerte: 06 dicembre 2012

Apertura delle offerte economiche: 21 dicembre 2012

Info: [http://www.concesiones.cl/proyectos/Paginas/detalle\\_adjudicacion.aspx?item=48](http://www.concesiones.cl/proyectos/Paginas/detalle_adjudicacion.aspx?item=48)

## D. PROGETTI IN FASE DI ESECUZIONE

### D.1. Programma Santiago Centro Orientale

Progetto aggiudicato alla Società concessionaria *Costanera Norte*.

I lavori sono iniziati nel 2013, in relazione alla prima tappa del “Programma Santiago Centro Oriente”.

Si tratta della costruzione di grandi opere viarie, destinate a decongestionare il traffico di questa zona della capitale. Il progetto è parallelo a quello già indicato (*supra*, caso C.1.), relativo alla stessa area, ancora in fase di studio e destinato all’ulteriore sviluppo del settore.

A maggio 2014 sono iniziati i lavori della seconda tappa, per aumentare la capacità di trasporto, migliorare i tempi di percorrenza e consentire accessi più spediti tra il centro e la zona Est della capitale.

Nel complesso, sono state aggiudicate sette opere: due sono state già terminate e sono attualmente in funzionamento.



In questo caso, è anche possibile osservare la definizione delle tariffe da parte del concessionario, come emerge dalla tabella seguente:

Pórtico	Sentido Oriente - Poniente	Longitud	TBFP	TBP	TS
EJE COSTANERA					
P1	Puente La Dehesa - Gran Vía	4,90 Km	\$259,70	\$494,90	\$754,60
P2.1	Gran Vía - Centenario	3,98 Km	\$210,94	\$401,98	\$612,92
P2.2	Centenario - Puente Lo Saldes	2,47 Km	\$130,91	\$249,47	\$380,38
SB	Salida Bellavista	2,185 Km	\$115,80	\$220,68	\$336,49
P3	Puente Lo Saldes - Vivaceta	6,72 Km	\$356,16	\$678,72	\$1.034,88
EP	Entrada Purísima	2,110 Km	\$111,83	\$213,11	\$324,94
EV	Entrada Vivaceta	1,116 Km	\$59,14	\$112,71	\$171,86
P5	Vivaceta - Carrascal	6,69 Km	\$354,57	\$675,69	n/a
P6	Carrascal - Américo Vespucio Poniente	5,65 Km	\$299,45	\$570,65	n/a
P9	Américo Vespucio Poniente - Ruta 68	5,00 Km	\$265,00	\$505,00	n/a
EJE KENNEDY					
P7	Estoril - Padre Hurtado	2,3385 km	\$123,94	\$236,18	\$360,12
P8	R. Pérez Zujovic - Puente Lo Saldes	3,00 Km	\$159,00	\$303,00	\$462,00

Pórtico	Sentido Poniente - Oriente	Longitud	TBFP	TBP	TS
EJE KENNEDY					
P8	Puente Lo Saldes - R. Pérez Zujovic	3,00 Km	\$159,00	\$303,00	\$462,00
P7	Padre Hurtado - Estoril	2,3385 km	\$123,94	\$236,18	\$360,12
EJE COSTANERA					
P9	Ruta 68 - Américo Vespucio Poniente	5,00 Km	\$265,00	\$505,00	n/a
P6	Américo Vespucio Poniente - Carrascal	5,65 Km	\$299,45	\$570,65	n/a
P5	Carrascal - Vivaceta	6,69 Km	\$354,57	\$675,69	n/a
P4	Vivaceta - Torres Tajamar	3,86 Km	\$204,58	\$389,86	\$594,44
P3	Torres Tajamar - Puente Lo Saldes	2,86 Km	\$151,58	\$288,86	\$440,44
P2.2	Puente Lo Saldes - Centenario	2,47 Km	\$130,91	\$249,47	\$380,38
P2.1	Puente Centenario - Gran Vía	3,98 Km	\$210,94	\$401,98	\$612,92
P1	Gran Vía - Puente La Dehesa	4,90 Km	\$259,70	\$494,90	\$754,60

Info: <http://web.costaneranorte.cl/autopista/nuevas-obras/>

## CAPITOLO TERZO

### LA FRANCIA

*Martina Conticelli*

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. L’evoluzione del settore dagli anni Cinquanta del secolo scorso ad oggi. – 3. Le fonti giuridiche. – 4. La *governance*. – 5. Le modalità di affidamento. – 6. Il regime concessorio «à la française». – 7. La regolazione del rapporto e le modalità di individuazione dell’opera. – 8. Il finanziamento. – 9. Le forme di tutela, il sistema delle garanzie, la gestione delle conflittualità. – 10. I problemi aperti. – *Executive Summary*.

#### 1. Premessa

Il contributo ha lo scopo di ricostruire il regime francese di realizzazione e di gestione delle infrastrutture di trasporto, con particolare riferimento al settore delle autostrade.

Per le finalità della presente ricerca, si prendono in esame e si considerano come autostradali le infrastrutture extraurbane per l’utilizzo delle quali si paga un pedaggio<sup>321</sup>: in quanto tali, esse rappresentano, in molti casi, per l’utenza, l’alternativa a pagamento rispetto alle strade statali, dipartimentali e comunali.

Nell’ordinamento giuridico francese, infatti, la materia della gestione e dello sviluppo delle infrastrutture autostradali, per un verso, si distingue, per le scelte giuridiche, dall’ordinario governo delle opere pubbliche - solitamente rimesso allo strumento del partenariato pubblico privato ovvero a quello del contratto di lavori pubblici - e, per l’altro, si accosta, invece, al regime dei pubblici servizi.

Come risultato, quella autostradale francese è una tra le reti più capillari al mondo: il suo sviluppo è andato dai 1.010 km del decennio 1960-1970 agli 8.891 km di fine 2012<sup>322</sup> per la parte in concessione, su un totale di poco più di 11.000 km

---

<sup>321</sup> «*Les autoroutes sont des routes sans croisement, accessibles seulement en des points aménagés à cet effet et réservées aux véhicules à propulsion mécanique*»: in questi termini, si v. l’art. L 122.1. del *Code de la voirie routière*.

<sup>322</sup> Si cfr. ASFA, *Chiffres Clés 2013*, Parigi, 2014.

di rete<sup>323</sup>. Dagli inizi degli anni Duemila, sino ad oggi, circa 2.300 km di rete sono stati affidati al partenariato pubblico privato.

Già dalla metà del secolo scorso, la gestione autostradale e lo sviluppo della rete infrastrutturale francese si fonda sul provvedimento concessorio. I dettagli su cui si interviene nel corso del tempo, in prevalenza, definiscono l'ambito di operatività della concessione: basti considerare, ad esempio, la qualificazione giuridica dei concessionari, la natura del pedaggio e i criteri per la sua determinazione, la durata della concessione<sup>324</sup>.

L'analisi di questi aspetti e delle loro interrelazioni nell'ambito del rapporto concessorio autostradale, peraltro, coinvolge ulteriori profili, quali la natura di bene demaniale dell'autostrada, la valenza del principio di gratuità in ordine al suo utilizzo, la determinazione del pagamento di un pedaggio come forma di recupero dell'investimento da parte del concessionario.

Il presente contributo è strutturato secondo quanto segue.

Dopo una ricostruzione storica dell'evoluzione del regime di concessione autostradale, si analizzano, in primo luogo, le fonti giuridiche che disciplinano la materia, con particolare riferimento ad una presunta specialità del settore autostradale rispetto alla più ampia materia dei lavori pubblici in generale. In particolare, si intende dare una risposta alle seguenti domande: vi è una disciplina di diritto positivo? Si tratta di un diritto generale o speciale? Quale spazio è lasciato all'autonomia delle parti? Quali sono i vincoli e/o limiti derivanti da norme internazionali?

In secondo luogo, si illustra il sistema politico-amministrativo di *governance*, con particolare riferimento alle amministrazioni coinvolte, al tipo di attività svolta, ai livelli territoriali interessati, al ruolo delle collettività locali, alla posizione degli operatori del settore, pubblici o privati, nonché alla presenza di amministrazioni specializzate.

In terzo luogo, si discute il regime dell'infrastruttura, con l'intento di fornire una risposta ai seguenti interrogativi: con quali modalità e secondo quali competenze è individuata l'opera? Quali caratteristiche deve avere? Come viene sviluppata?

---

<sup>323</sup> Il dato si riferisce al 2012: si v., al riguardo, MINISTÈRE DE L'ÉCOLOGIE, DU DÉVELOPPEMENT DURABLE ET DE L'ÉNERGIE, *Chiffres clés du transport*, édition 2014, p. 1.

<sup>324</sup> Le scelte in ordine all'ammontare del pedaggio, ovvero alla tipologia dell'opera dalla realizzare sono fondamentali per l'equilibrio economico finanziario del concessionario: si v. al riguardo, G. BRUNO, *Histoire de la concession autoroutière en France: structure financière*, in *Revue d'économie financière. Hors-série*, 1991, Caisse des dépôts et consignations, p. 219.

In quarto luogo, si discutono le modalità di affidamento dell'opera, con particolare riguardo alle forme di scelta della controparte privata, ai requisiti, alle procedure per la selezione e ai tempi di gestione delle concessione.

In quinto luogo, si approfondiscono le modalità di regolazione del rapporto, con particolare riferimento all'atto che definisce le obbligazioni delle parti, alla definizione delle condizioni di base, alla ripartizione dei rischi, nonché agli strumenti di controllo.

In sesto luogo, si presta attenzione alle forme di tutela, al sistema delle garanzie e alla risoluzione delle controversie.

## **2. L'evoluzione del settore dagli anni Cinquanta del secolo scorso ad oggi**

L'origine e l'evoluzione del quadro regolamentare del settore autostradale francese sono, per più versi, molto vicine all'esperienza italiana. La comparabilità tra i due sistemi è da imputare sia a ragioni storico-politiche, sia ad una certa e nota affinità di cultura giuridica, soprattutto per quanto riguarda l'area e le tematiche del diritto amministrativo.

La conoscenza e la comprensione delle modifiche e dell'evoluzione dei profili citati in premessa è una chiave di lettura fondamentale in via interpretativa, tanto per la comparazione tra ordinamenti, quanto per l'analisi, in prospettiva diacronica, dello stesso ordinamento francese.

Com'è avvenuto per Italia dal dopoguerra sino ai giorni nostri, a partire dalla metà degli anni Cinquanta del secolo scorso, lo sviluppo della rete autostradale in Francia è stato affidato in concessione<sup>325</sup>.

L'istituto concessorio rappresenta tuttora il principale meccanismo di finanziamento di opere pubbliche nel settore: in questo modo, dal 1955 ad oggi si realizza e continua ad essere correntemente gestita l'intera rete autostradale<sup>326</sup>.

Rispetto al quadro complessivo delle infrastrutture di trasporto viario, la realizzazione, la gestione e il mantenimento delle autostrade attraverso concessione

<sup>325</sup> Per una rapida ricostruzione, si v. G. BRUNO, *op. cit.*, p. 211 ss.

<sup>326</sup> In tema, si v. *Financement des infrastructures et des services collectifs. Le recours au partenariat public-privé. Les enseignements des expériences françaises dans le monde*, Parigi, 2000.



riguarda prevalentemente le autostrade a pagamento: diversamente, come si è accennato in premessa, lo sviluppo delle strade nazionali viene correntemente svolto attraverso il ricorso al partenariato pubblico-privato, ovvero attraverso l'utilizzo di contratti di lavori pubblici<sup>327</sup>.

L'esperienza delle concessioni prende avvio con la Loi 55435 du 18-04-1955 *portant statut des autoroutes*, a tutt'oggi la principale fonte di regolamentazione del settore, nella versione emendata dagli interventi di cui si dirà. Nella sua formulazione originaria, l'art. 4, della legge n. 55435 del 1955, definisce la concessione come una delle ipotesi che giustificano l'eccezione al principio di gratuità dell'utilizzo delle autostrade<sup>328</sup>.

A seguito dell'approvazione della disciplina delle autostrade, i primi brevi tratti autostradali sono attribuiti a cinque società d'economia mista: la *Société de l'autoroute Estérel-Côte d'Azur-Alpes* (Escota) costituita per prima nel 1956; la *Société des autoroutes du sud de la France* (Asf, 1957), la *Société des autoroutes Paris-Rhin- Rhône* (Saprr, 1961) e la *Société des autoroutes du nord et de l'est de la France* (Sanef, 1963). L'acronimo Semca - correntemente utilizzato in riferimento a tali soggetti - ne esprime il carattere di *sociétés d'économie mixte (cessionnaires d'autoroutes)*. Si tratta, in altre parole, di soggetti di forma giuridica privata ma di proprietà pubblica (il principale azionario è inizialmente la Cassa depositi e prestiti francese – *Caisse dépôts et consignations*). Essi sono, in prima battuta, assimilati ad agenzie pubbliche, considerati comunque soggetti terzi rispetto all'amministrazione statale. La circostanza fa venire meno il presupposto della necessaria gratuità dell'utilizzo delle autostrade da parte degli utenti. In questa fase, però, il pedaggio è considerato come un'imposta pre-fissata e determinata con l'obiettivo di coprire i costi, ancor prima che di conseguire profitti<sup>329</sup>: per un verso, la predeterminazione consente di finanziare gli investimenti per la realizzazione delle infrastrutture prevalentemente a debito; per l'altro, si presuppone che gli utili derivanti da queste gestioni siano utilizzati per la riduzione del pedaggio o per investimenti ulteriori.

Qualche anno più tardi, ma ancora in una fase di pieno sviluppo del sistema autostradale, alla previsione del pedaggio si associano ulteriori meccanismi di natura finanziaria: la Loi n° 58 336 du 29 mars 1958 *portant Loi de finances pour*

<sup>327</sup> CONSEIL GENERALE DE L'ENVIRONNEMENT ET DU DEVELOPPEMENT DURABLE, *Rapports. Mission d'audit sur le programme 203. Infrastructures et services de transports (IST)*, cit., p. 88.

<sup>328</sup> In questi termini, l'art. 4: «L'usage des autoroutes est en principe gratuit. Toutefois, la déclaration d'utilité publique, dans des cas exceptionnels, peut décider que la construction et l'exploitation d'une autoroute seront concédées par l'État à une collectivité publique, un groupement des collectivités publiques, à une chambre de commerce, ou à une société d'économie mixte dans laquelle les intérêts publics seront majoritaires».

<sup>329</sup> Sul punto, si v. A. GRECO e G. RAGAZZI, *History and Regulation of Italian Highways Concessionaires*, in G. RAGAZZI e W. ROTHENGATTER (a cura di) *Procurement and Financing of Motorways in Europe*, Elsevier, Amsterdam, 2005, p. 121 ss.



1959, riconosce ai concessionari la garanzia statale sui prestiti richiesti per lo sviluppo della rete e la costruzione delle opere.

Nel 1960, si incide sull'ambito di operatività della concessione: attraverso una modifica sul carattere di eccezionalità dell'applicazione del pedaggio<sup>330</sup>, si apre la strada all'affidamento della concessione anche a soggetti completamente estranei all'amministrazione. Come spesso accade, tale apertura determina, di riflesso, il progressivo aumento del controllo statale, che culmina, in questa fase, con l'istituzione, nel 1963, della *Caisse National des Autoroutes*. All'ente pubblico è attribuito il compito di erogare prestiti alle Semca<sup>331</sup>.

Al controllo e alla gestione pubblicistica attraverso il ricorso alla concessione a enti sostanzialmente pubblici si associa il forte sviluppo della rete infrastrutturale. Pur nell'ambito della presunta libertà del concessionario in ordine alla realizzazione dell'opera, in realtà acquisisce particolare rilevanza l'intervento dei *Services des ponts et chaussées* nella preparazione e nelle fasi istruttorie di realizzazione del progetto<sup>332</sup>. Ai buoni risultati ottenuti nel primo periodo in termini di sviluppo infrastrutturale, tuttavia, si accompagnano crescenti difficoltà di finanziamento, dovute ai minori introiti derivanti dai pedaggi, a causa del crollo dei consumi indotto dalla crisi petrolifera<sup>333</sup>.

Gli ulteriori interventi di riforma operano secondo due linee direttrici e in due tempi.

Negli anni Settanta del secolo scorso si avvia una prima liberalizzazione, attraverso l'apertura dell'accesso al settore a concessionari di natura privata<sup>334</sup>. Alle cinque società miste se ne affiancano altre cinque private. L'intervento porta con sé

<sup>330</sup> Con le modifiche apportate dal Décret 60-661 1960-07-04 art. 1 JORF 9 juillet 1960, come riferisce C. ABRAHAM, *Les autoroutes concédées en France (1955-2010)*, Celse, Parigi, 2010, p. 21.

<sup>331</sup> Si v. il Décret n°63-585 du 20 juin 1963 *creation sous forme d'établissement public a caractere administratif de la Caisse nationale des autoroutes, chargée d'émettre des emprunts affectés au financement de la construction ou de l'aménagement des autoroutes*.

<sup>332</sup> V. C. ABRAHAM, *op. cit.*, p. 23

<sup>333</sup> Nella ricostruzione di G. ZEMBRI-MARY, *L'ouverture de capital du groupe ASF-ESCOTA*, in Flu, 2002, 4, p. 76 ss. pubblicato al seguente indirizzo: [http://www.cairn.info/zen.php?ID\\_ARTICLE=FLUX\\_050\\_0076#no3](http://www.cairn.info/zen.php?ID_ARTICLE=FLUX_050_0076#no3), si ricordano tra le cause del risultato la crisi petrolifera e il conseguente abbassamento dei consumi e del livello dei traffici, nonché le spinte inflazionistiche.

<sup>334</sup> Il Décret n° 70-398 du 12 mai 1970, *concessions par l'Etat pour la construction et l'exploitation des autoroutes modification des dispositions réglementaires des alinéas 2 et 6, substitués par le décret 60661 du 4 juillet 1960 aux alinéas 2 et 3 de l'article 4 de la Loi 55435 du 18-04-1955*, consente di affidare in concessione anche a soggetti privati (Cofiroute). Al riguardo, si v. A. FAYARD, F. GAETA, E. QUINET, *French motorways: Experience and assessment*, in *Procurement and Financing of Motorways in Europe*, Research in Transportation Economics, Volume 15, 2005, p. 93–105.

una iniziale quanto subito circoscritta affermazione di libertà tariffaria in materia di pedaggi<sup>335</sup>.

Molto presto, tuttavia, lo Stato è costretto nuovamente ad intervenire, a causa delle difficoltà finanziarie incontrate dalla quasi totalità dei concessionari. Secondo i principali suggerimenti contenuti nella Relazione di una Commissione di studio presieduta da Gilbert Dreyfus, alto funzionario ministeriale, si opera sul meccanismo di finanziamento, sulla proprietà dei concessionari, sulla loro struttura, nonché, infine, sulla libertà tariffaria.

Quanto al primo profilo, il governo istituisce il fondo Fsgt, e l'ente pubblico *Autoroutes de France*, chiamato ad assicurare il consolidamento finanziario dei concessionari<sup>336</sup>.

Quanto al secondo, si interviene con la previsione del riscatto dei concessionari in gravi difficoltà finanziaria da parte della *Caisse de dépôts et consignations*.

Quanto al terzo, i concessionari sono riorganizzati in gruppi, con conseguente perequazione delle relative situazioni finanziarie. Si procede, infine, all'armonizzazione del pedaggio. Per quanto riguarda la durata della concessione e le procedure di affidamento, già in questo periodo emerge la pratica del cd. *addossement*, che tuttavia si sviluppa tra gli anni Ottanta e la fine degli anni Novanta del secolo scorso. Si tratta di un fenomeno rilevante nell'ambito del sistema concessorio francese, tanto che dei quasi 9.000 km di rete autostradale, si conta che circa 1870 km siano stati costruiti ricorrendo a questo "istituto"<sup>337</sup>.

Verso la metà degli anni Ottanta del secolo scorso, si inverte nuovamente la rotta, con la privatizzazione delle società pre-esistenti, con conseguente attribuzione di maggiore autonomia e responsabilità<sup>338</sup>. Si specifica, inoltre, che le tariffe di pedaggio sono approvate dal Ministro dell'Economia, dietro proposta dei concessionari.

Frattanto, vanno emergendo interessi contrastanti con quello allo sviluppo territoriale: verso la fine degli anni Ottanta, ad esempio, il *Comité national contre les excès du programme autoroutier* (Cnepa), e la *Fédération nationale des usagers des transports* (Fnaut), iniziano a criticare l'enorme sviluppo del sistema

<sup>335</sup> Su cui si v. C. ABRAHAM, *op. cit.*, p. 32-33.

<sup>336</sup> Si v. l'art. 29, Loi n° 82-1152 du 30 décembre 1982 *de finances rectificative pour 1982*.

<sup>337</sup> Si v. al riguardo, ASFA, *La concession d'autoroutes*, Parigi, 2014, p. 5.

<sup>338</sup> Si v. l'art. 20, Loi du 6 août 1986; Loi n° 86-793 du 2 juillet 1986.

autostradale. Per queste motivazioni, in questi anni trova ancora maggiore applicazione l'istituto dell'*enquête publique*<sup>339</sup>.

Come risultato del connubio tra la natura privata di alcuni concessionari e i vincoli tariffari nella determinazione del pedaggio, alle soglie degli anni Novanta del secolo scorso, anche tutte le concessionarie private sperimentano un indebitamento significativo (67,1 miliardi di franchi alla fine del 1988, secondo la Corte dei conti)<sup>340</sup>. A causa della maggiore complessità di reperimento di fondi da parte delle concessionarie privatizzate, si comincia dunque a registrare la tendenza inversa rispetto a quella del periodo precedente, volta a riaffermare un certo controllo pubblico sulla gestione del patrimonio autostradale, che trova applicazione attraverso la nazionalizzazione della quasi totalità dei concessionari privati (tranne Cofiroute). Al contempo, si interviene organicamente sul profilo della determinazione del pedaggio. Un decreto del 1995, che tuttora rappresenta, come si vedrà, la fonte di disciplina principale in materia, nell'abrogare la precedente normativa<sup>341</sup>, fissa criteri e procedure per la determinazione del pedaggio<sup>342</sup>.

Le modifiche sinora discusse al regime originario di gestione del demanio autostradale esprimono l'avvicinarsi di scelte alternative fondamentali in ordine alla natura giuridica dei soggetti e all'apertura del mercato. Gli interventi citati incidono su poteri e competenze, rispettivamente, del concessionario e del concedente, con implicazioni anche in termini di interpretazione e di gestione dei rapporti di utenza.

Il motore degli interventi di riforma è rappresentato prevalentemente dalle necessità finanziarie, che lasciano emergere problematiche la cui risoluzione, tuttavia, difficilmente trova luogo nell'alternativa tra pubblico e privato ovvero in quella tra Stato e mercato. Si sperimentano, dunque, sia formalmente, sia nella prassi, soluzioni che incidono sulla determinazione del pedaggio, sul finanziamento, sulla durata della concessione.

L'utilizzo di quest'ultimo fattore, ad esempio, si rivela sin da subito come un possibile *escamotage* per realizzare risultati a costo zero, sotto il profilo finanziario: in realtà, tuttavia, come avviene nella pratica del cd. *addossement*, le soluzioni prescelte si rivelano subito come un costo per la collettività e il mercato. Se la concessione consente la costruzione, lo sfruttamento e la costruzione di un'autostrada ed è normalmente rilasciata per una durata, idonea al recupero

---

<sup>339</sup> Sul unto, si v. G. ZEMBRI-MARY, *Maillage autoroutier et territoire. Permanences et mutations du modèle de développement du réseau autoroutier français. Thèse de Doctorat nouveau régime soutenue le 28 janvier 1999*, p. 215.

<sup>340</sup> Ne riferisce G. BRUNO, *op. cit.*, p. 214.

<sup>341</sup> Si intende il Décret n° 88-1208 du 30 décembre 1988.

<sup>342</sup> Si v. il Décret n°95-81 du 24 janvier 1995 *relatif aux péages autoroutiers*.

dell'investimento, pari generalmente a trentacinque anni, l'equilibrio finanziario del concessionario dipende da svariati fattori (sia di natura macroeconomica sia microeconomica). Pertanto, nella pratica, la durata della concessione è di frequente prolungata, prevalentemente e formalmente con l'intento di consentire la realizzazione di opere ulteriori rispetto a quanto previsto nel progetto e nel contratto originario<sup>343</sup>.

Il principale fattore di condizionamento degli sviluppi dagli anni Duemila sino ad oggi, è rappresentato dalle pressioni esercitate dall'ordinamento giuridico sovranazionale dell'Ue<sup>344</sup>, e dalle diverse critiche che il provvedimento concessorio solleva, anche in questo settore, in termini di compatibilità con i principi e gli strumenti per la realizzazione e il funzionamento del mercato unico. Le istanze liberalizzatrici e concorrenziali provenienti dall'ordinamento giuridico dell'Unione europea agiscono dando impulso all'affermazione del mercato nelle procedure di selezione del concessionario. Ciò consente l'accesso al settore a nuovi soggetti: si tratta di A'lienor<sup>1</sup>, Alis<sup>2</sup>, Arcour<sup>3</sup>, Alicorne<sup>4</sup>, Adelac<sup>5</sup>, Cevm<sup>6</sup>, Atlandes<sup>7</sup> e Albea.

Sempre l'intervento sovranazionale, secondo una tendenza comune a diverse esperienze nazionali europee, solleva l'attenzione sul perseguimento di obiettivi di efficienza e sulle esigenze di bilancio: come implicazione, nel 2005, diminuisce la partecipazione pubblica in Asf, Aprr e Sanef<sup>345</sup>.

Dal 2005 in poi, alla ulteriore privatizzazione delle compagnie operanti, si aggiunge la ricerca di forme di *partnership* pubblico-privata, che si applicano, tuttavia, prevalentemente nella realizzazione di opere e nello sviluppo delle strade nazionali<sup>346</sup>.

Il Décret n° 2004-1317 du 26 novembre 2004, istituisce l'*agence de financement des infrastructures de transport de France* (Afitf) à la suite du *comité interministériel d'aménagement et de développement du territoire* (Ciadt) du 18 décembre 2003.

<sup>343</sup> Si v. G. BRUNO, *op. cit.*, p. 219.

<sup>344</sup> Si v., ad esempio, State aid n° N540/2000; letter SG(2000)D/107823, 10/10/2000; CJEC case C-276/97, Judgment of 12/09/2000, Commission / France.

<sup>345</sup> Si v. i seguenti provvedimenti: Décret n° 2006-167 du 16 février 2006; Décret n° 2006-98 du 2 février 2006; Décret n° 2006-267 du 8 mars 2006. Al riguardo, si v. anche CONSEIL D'ÉTAT, Section, 27 septembre 2006, Bayrou et Association des usagers des autoroutes publiques de France et autres, requête numéro 290716. In tema, G. RAGAZZI nota come il ricavo francese sia stato maggiore rispetto a quello analogo del caso italiano di autostrade: G. RAGAZZI, *Autostrade: meglio pubblico o privato?*, ne *L'Industria*, 2006, p. 505 ss., in particolare p. 508. Per una prima ricostruzione delle privatizzazioni del periodo, con particolare riferimento alle cd. SEMCA, si v. ENA, DIRECTION DES ETUDES PROMOTION 2007-2009 « Willy BRANDT » Option juridique Groupe n° 11, *Privatisations et service public*, 2009, p. 24.

<sup>346</sup> Si v., al riguardo, le seguenti fonti: ordonnance n°2004-559, 17/06/2004; Loi n° 2004-809, 13/08/2004, article 20, che hanno dato nuovo impulso alle *partnership* pubblico-private.

Parallelamente alla privatizzazione anche i *cahier de peage* dei contratti di concessione sono modificati, con l'inserimento delle programmazioni quinquennali degli investimenti e delle opere da realizzare.

Il quadro attuale è composto da diciotto concessionari privati, cui sono attribuite venti concessioni<sup>347</sup>. I concessionari attuali sono: A'liénor; Adelaç; Arcour; Atlantes; Autoroute de liaison Calvados-Orne (Alicorne); Autoroute de liaison Seine-Sarthe (Alis); Autoroutes du sud de la France (Asf); Autoroutes Paris-Rhin-Rhône (Aprr); Compagnie Eiffage du viaduc de Millau (Cevm); Compagnie industrielle et financière des autoroutes (Cofiroute); Sanef; Société des autoroutes Estérel Côte d'Azur Provence Alpes (Escota); Société marseillaise du tunnel Prado-Carénage (Smtpc); CCCI Le Havre - Pontes de Normandie et Tancarville; Sanef, Sapn. I due concessionari pubblici sono Autoroutes et Tunnel du Mont-Blanc (Atmb) e la Société Française du Tunnel Routier du Fréjus (Sftrf).

I concessionari sono riuniti in tre gruppi: il gruppo Aprr riunisce Aprr e Area; il gruppo Sanef, Sanef e Sapn; il gruppo Vinci riunisce Asf, Cofiroute, Escota); ulteriori raggruppamenti sono in corso di formazione (Atlantes e Albea).

I sette concessionari storici sono ormai tutti privati: si tratta di Asf1, Escota2 e Cofiroute, Aprr3 e Area4, Sanef5 e Sapn6.

Diversi fattori lasciano ipotizzare che il controllo statale potrebbe non venir meno, a dispetto delle richieste dell'Unione europea. Mentre si attendono i risultati del recepimento della Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, e mentre si avvicina lo scadere delle convenzioni storiche, si discute una proposta di legge nella quale si ipotizza la nazionalizzazione dei concessionari privati<sup>348</sup>. A dispetto di ciò, tuttavia, la presenza del secondo sembra debole: l'incipit dell'ultimo rapporto presentato dalla Corte dei Conti, cui si farà frequente richiamo nel presente contributo, afferma che «[l]e ministère chargé des transports ne négocie pas avec les sociétés concessionnaires d'autoroutes dans un cadre lui permettant de disposer d'un rapport de force favorable»<sup>349</sup>.

<sup>347</sup> Fonte aggiornata al 31 dicembre 2012: si v. COUR DES COMPTES, *op.cit.*, p. 35.

<sup>348</sup> «Le neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 prévoit en effet que « tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité ». Certes, le Conseil d'Etat a considéré dans son arrêt de septembre 2006 que le caractère local des concessions autoroutières empêchait de les considérer comme exerçant un service public national. Il n'en reste pas moins qu'elles sont responsables d'un service public qui doit rester accessible à tous. Cette nationalisation doit ainsi permettre d'assurer une politique tarifaire plus juste ».

<sup>349</sup> In questi termini, si v. COUR DES COMPTES, *Les relations entre l'État et les sociétés concessionnaires d'autoroutes*, Juillet 2013, p. 7.

Alle pressioni per l'apertura dei mercati, provenienti dall'Ue, frattanto, i concessionari rispondono con proposte di miglioramento della rete, nell'ambito di progetti globali che possano essere incorporati nel quadro attuale delle rispettive concessioni. Se alla fine degli anni Novanta del secolo scorso si era limitato l'utilizzo del cd. *adossement*, nel 2012, i concessionari prospettano di realizzare il piano di rilancio autostradale, in cambio della riviviscenza di questo istituto di incerta compatibilità comunitaria<sup>350</sup>. L'attività di negoziazione e di trattative ha ad oggetto miglioramenti e sviluppi della rete infrastrutturale, al prezzo di prolungamenti periodici dei tempi delle concessioni<sup>351</sup>: «[d]ans le cadre des lois de relance de début 2009, les sociétés concessionnaires ont proposé au Gouvernement un programme d'investissement immédiat assuré par un prolongement de leurs concessions, remettant ainsi l'adossement au centre du débat. Cinq sociétés se sont ainsi engagées à investir 1 milliard d'€, en contrepartie le Gouvernement leur a accordé un an de prolongement de concession. Le programme, approuvé par la Commission Européenne, a été mis en place en 2009 pour un achèvement en 2013»<sup>352</sup>. L'ipotesi di prolungamento della concessione per alcune delle principali società è, peraltro, attentamente esaminata e valutata dalla Commissione europea nel quadro delle riforme francesi di rilancio dell'economia<sup>353</sup>.

### 3. Le fonti giuridiche

Nel sistema giuridico francese, la gestione e lo sviluppo delle infrastrutture autostradali sono considerate come una materia distinta rispetto a quella generale dei lavori pubblici.

Nell'ambito della parte relativa alle strade nazionali, il Capitolo II del *Code de la voirie routiere*, rubricato *Autoroutes*, raccoglie le disposizioni maggiormente rilevanti in materia.

<sup>350</sup> Si cfr. ASFA, *La concession d'autoroutes*, cit., p. 7.

<sup>351</sup> Per una sintesi del piano, si v. DIT, *Plan de relance autoroutier. Présentation aux organisations syndicales*, 15 gennaio 2014, documento disponibile al seguente link: <http://www.snptri.com/ile-de-france/2014/04/autoroutes-letat-piege-aux-peages/#.U3YRUUcX6Uk>

<sup>352</sup> Sul rapporto della Corte dei Conti, <http://www.snptri.com/ile-de-france/2013/07/la-cour-des-comptes-denonce-le-prix-des-peages-sur-les-autoroutes/#.U1gDDVeBkYs>

<sup>353</sup> COMMISSION EUROPEENNE, *Aide d'État n. 362/2009 – France Allongement de la durée des concessions accordées par l'État français aux sociétés concessionnaires d'autoroutes - Plan de relance de l'économie – volet Autoroutier*, Bruxelles, 17.08.2009, C(2009)6506 final.

La disciplina è principalmente dettata dalla legge 18 aprile 1955 *portant statut des Autoroutes*, nella versione consolidata nel *Code de la voirie routiere*, in particolare, agli art. da L 122.1 a L 122.11 e da R 122.1 a R 122.27. Nella sua versione attuale, l'art. 4 dello *statut des Autoroutes* stabilisce che la costruzione, la gestione e lo sfruttamento di un'autostrada e delle relative opere infrastrutturali possano essere concesse dallo Stato: nel dettaglio, dunque la materia è in gran parte disciplinata nei provvedimenti di approvazione dei singoli contratti di concessione e nei provvedimenti ad essi accessori, come quelli che definiscono le condizioni del pedaggio<sup>354</sup>.

Il già citato Décret n°95-81 du 24 janvier 1995 *relatif aux péages autoroutiers*, è la principale fonte di disciplina in ordine ai criteri e alle procedure per la determinazione del pedaggio. Come si vedrà, tuttavia, diversi profili sono regolati nei *cahier des peage* accessivi alla concessione<sup>355</sup>.

Sulle ulteriori disposizioni legislative nazionali ci si soffermerà nel corso dell'analisi, in quanto fonte di regolamentazione di aspetti specifici, come la Loi n° 2013-431 du 28 mai 2013 *portant diverses dispositions en matière d'infrastructures et de services de transports*, che, ad esempio, ha ulteriormente definito la materia<sup>356</sup>, ovvero in quanto richiamate dalla disciplina generale sulle autostrade, come quelle del *Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique*, relative alla *prise de possession de terrains en cas d'extrême urgence*.

La prima impressione che si ricava dalla ricerca delle fonti normative è che il quadro regolamentare sia piuttosto scarno, nonostante i diversi e molteplici interventi di riforma. Questo aspetto potrebbe certo apparire come un dato positivo, soprattutto in relazione al rischio – opposto - di *over-regulation*. Tuttavia, proprio la

---

<sup>354</sup> Tra gli ultimi in ordine di approvazione, ad esempio il Décret n° 2012-1063 du 17 septembre 2012 approuvant le onzième avenant à la convention passée entre l'État et la Société des autoroutes du nord et de l'est de la France (Sanef); il Décret n°2012-1555 du 28 décembre 2012 approuvant le deuxième avenant à la convention de concession passée entre l'État et la Société française du tunnel routier du Fréjus en vue de la construction, de l'entretien et de l'exploitacion de l'autoroute A 43 entre Aiton et Le Freney et de l'entretien et de l'exploitacion de l'autoroute A 43 entre Le Freney et la plateforme d'entrée au tunnel du Fréjus et au cahier des charges annexé; il Décret n°2011-11 du 28 décembre 2011, approuvant la convention de concession passée entre l'État et la société Albea pour le financement, la conception, la construction, l'entretien, l'exploitacion et la maintenance de la section concernée de l'autoroute A 150.

<sup>355</sup> Rilevanti in materia tariffaria sono, ad esempio, i seguenti provvedimenti: Arrêté du 21 décembre 2012 relatif aux péages autoroutiers (Cofiroute A 86); Arrêté du 24 janvier 2012 relatif aux péages autoroutiers (Arcour A 19); Arrêté du 24 janvier 2012 relatif aux péages autoroutiers (Ccih (ponts de Tancarville et de Normandie), Sfrtf, Cevm (Viaduc de Millau), Alis (A 28), Adelaç (A 41), Alienor (A 65) et Alicorne (A 88)); Arrêté du 24 janvier 2012 relatif aux péages autoroutiers (Sanef/Sapn); Arrêté du 24 janvier 2012 relatif aux péages autoroutiers: (Asf/Escota); Arrêté du 28 décembre 2011 relatif aux péages autoroutiers (Sapn A 813).

<sup>356</sup> Il testo del decreto è disponibile al seguente link in versione consolidata: [http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?jsessionid=DFE0918F3AFF97BE1F9DBC03E72D497A.tpdjo07v\\_2&dateTexte=?cidTexte=JORFTEXT000027469717&categorieLien=cid](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?jsessionid=DFE0918F3AFF97BE1F9DBC03E72D497A.tpdjo07v_2&dateTexte=?cidTexte=JORFTEXT000027469717&categorieLien=cid)

scarsa regolamentazione è stata considerata, di recente, uno dei principali punti di debolezza per l'efficacia dell'intervento regolatorio da parte dei pubblici poteri, soprattutto se si considera che essa lascia ampio spazio alla prassi, in particolare con riferimento agli elementi e alle condizioni dei cd. *contrat de plan*. In una delle ultime relazioni, la Corte dei Conti include il dato normativo lacunoso tra le cause di quello che dall'analisi svolta emerge come un dis-equilibrio nei rapporti di forza tra Stato e concessionari (*faiblesse du substrat réglementaire, mandat de négociation non systématique, suivi interministériel et validation sporadiques des étapes de négociation*)<sup>357</sup>.

Il settore risente, poi, come per gli altri Paesi europei, dei diversi interventi del legislatore sovranazionale. Il legislatore europeo, in particolare, si è concentrato sulla regolamentazione delle caratteristiche del servizio, sulle caratteristiche delle reti, sul loro sviluppo, con finalità di garanzia dell'interoperabilità e di sicurezza<sup>358</sup>. Eventuali valutazioni riguardo alle forme nonché allo stato di attuazione delle singole direttive, saranno oggetto di verifica più avanti nel prosieguo dell'indagine.

Come si è anticipato, tuttavia, l'intervento di maggior rilievo in ambito sovranazionale è quello relativo alla disciplina delle concessioni<sup>359</sup>. A tal fine, occorrerà verificare gli esiti del recepimento della Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione - di cui si è anticipato nelle pagine precedenti. Nel dare rilievo all'istituto concessorio, al tempo stesso la nuova disciplina ne definisce portata e limiti compatibilmente con il diritto dell'Unione europea, contribuendo a conferire certezza giuridica ai rapporti tra amministrazioni concedenti e

<sup>357</sup> In questi termini, Cour des comptes, *op. cit.*, p. 7.

<sup>358</sup> Si v., ad esempio, le seguenti direttive: Direttiva 1999/62/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla tassazione a carico di autoveicoli pesanti adibiti al trasporto di merci su strada per l'uso di alcune infrastrutture; Direttiva 2004/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 concernente l'interoperabilità dei sistemi di telepedaggio stradale nella Comunità, recepita con Décret n° 2006-1711 du 22 décembre 2006 *relatif aux procédés technologiques à utiliser pour le télépéage routier*; Direttiva 2010/40/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 luglio 2010, sul quadro generale per la diffusione dei sistemi di trasporto intelligenti nel settore del trasporto stradale e nelle interfacce con altri modi di trasporto, che peraltro ha avviato il programma di cofinanziamento del progetto *EasyWay*, recepita con Ordonnance n° 2012-809 du 13 juin 2012 *relative aux systèmes de transport intelligents*; Direttiva 2004/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa ai requisiti minimi di sicurezza per le gallerie della rete stradale transeuropea, recepita con loi n° 2006-10 du 5 janvier 2006 *relative à la sécurité et au développement des transports*, Arrêté du 8 novembre 2006 *fixant les exigences de sécurité minimales applicables aux tunnels de plus de 500 mètres du réseau transeuropéen*, Décret n° 2006-1354 du 8 novembre 2006 *relatif à la sécurité d'ouvrages du réseau routier et modifiant le code de la voirie routière*.

<sup>359</sup> Si v. F. LICHERE, *L'évolution du droit des concessions en droit communautaire*, Sciences-Po, Chaire Madp, Gennaio 2008.



concessionari in tutta Europa. Una volta recepita, la nuova normativa potrebbe comportare significative modifiche sul regime di accesso al settore<sup>360</sup>.

#### 4. La *governance*

Per comprendere il sistema di *governance* del settore autostradale in Francia occorre anzitutto muovere da considerazioni relative alla natura giuridica del bene autostrada, alla collettività di riferimento, nonché considerare il disegno complessivo dell'organizzazione francese, le sue peculiarità, i suoi caratteri.

Quanto al primo profilo, le autostrade sono un bene demaniale<sup>361</sup>. Quanto al secondo, esse ricadono sotto la responsabilità di una collettività territoriale di riferimento: la relativa gestione spetta ad autorità amministrative differenti, secondo la tabella riportata alla figura 1. La scelta tra le diverse possibili forme di realizzazione e gestione delle opere, di cui si dirà, risponde ad un principio di libertà contrattuale di carattere costituzionale ed è rimessa alla collettività (*collectivités publiques*)<sup>362</sup>.

Spetta allo Stato la definizione e l'indirizzo della politica di sviluppo infrastrutturale nel settore dei trasporti.

Figura 1. Répartition par type de route -10 décembre 2009 (mis à jour le 21 octobre 2013) - N21 ? D980 ? A qui appartiennent les différentes voies ?

	Collectivité publique responsable	Décideur	Services constructeur et gestionnaire de la route
<b>Autoroutes concédées</b>	État	Ministre chargé des transports (direction générale des infrastructures, des transports et de la mer)	<a href="#">Sociétés concessionnaires</a>
<b>Autoroutes non concédées</b>	État	Ministre chargé des transports	<a href="#">DIR et SMO</a>

<sup>360</sup> F. BOUSQUET, A. FAYARD, *Road infrastructure concession practice in Europe*, 2001, p. 43.

<sup>361</sup> Si v. l'art. 1 dello *Statut des Autoroutes*.

<sup>362</sup> Si v., sul punto, la bibliografia citata in Y. GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, Lgdj, Parigi, 2008, p. 475.

<b>concedées et routes nationales</b>		(direction générale des infrastructures, des transports et de la mer)	
<b>Routes départementales</b>	Département	Conseil général	Services techniques du département
<b>Voies communales</b>	Commune	Conseil municipal	Services techniques de la commune

Fonte: *Ministère de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie*, la tabella è pubblicata al seguente indirizzo: <http://www.developpement-durable.gouv.fr/Repartition-par-type-de-route.html>

Per quanto riguarda le competenze amministrative, occorre distinguere, poi, tra proprietà e gestione dei beni, differenziando, sempre, però, per categoria territoriale di riferimento.

In quanto rientranti nell'ambito delle strade nazionali, le autostrade appartengono allo Stato. Quale che sia la configurazione ministeriale, l'autorità di gestione, sotto il profilo politico-amministrativo è il Ministro responsabile dei trasporti (solitamente attraverso la *direction générale des infrastructures, des transports et de la mer*)<sup>363</sup>. Se la titolarità resta in capo allo Stato - così come la relativa proprietà - la gestione, lo sviluppo e lo sfruttamento del bene-autostrada sono affidati in concessione, a soggetti pubblici o privati. Inizialmente, l'utilizzo dello strumento concessorio era limitato, sotto il profilo soggettivo, a concessionari pubblici o società ad economia mista; le riforme di cui si è detto hanno poi esteso l'ambito di operatività del provvedimento concessorio anche a soggetti privati.

All'amministrazione ministeriale centrale resta il compito di controllare il rispetto dei vincoli da parte dei concessionari<sup>364</sup>.

La *governance* della gestione delle autostrade nazionali in concessione è articolata ma sostanzialmente abbastanza uniforme, conformemente del resto al disegno organizzativo dell'apparato amministrativo francese, nonché alla relativa distribuzione delle competenze. Diverse autorità intervengono nel quadro che si descriverà con competenze distinte, ma fondamentalmente, per una serie di ragioni che si approfondiranno nel prosieguo dell'indagine, il ruolo principale è giocato, sulla carta, dall'amministrazione ministeriale centrale. Alla centralizzazione delle competenze, tuttavia, fa da contrappeso il potere sostanziale dei concessionari, che

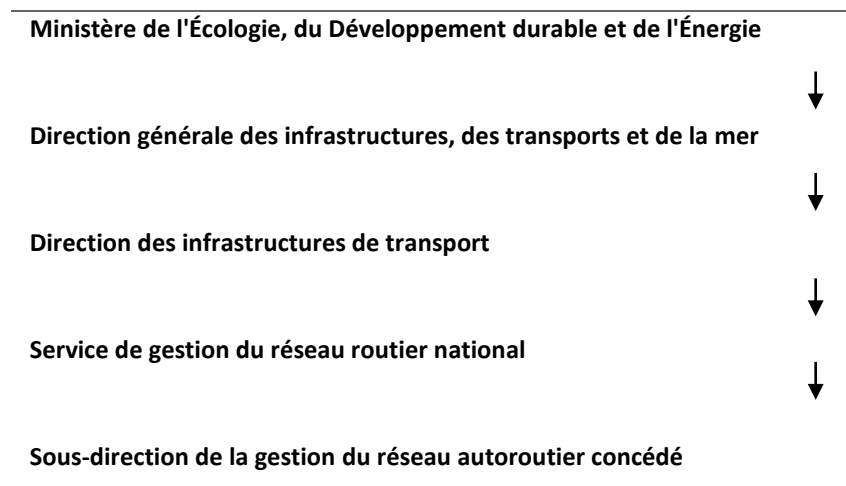
<sup>363</sup> Si cfr., al riguardo, l'art. 1, Décret n° 2014-401 du 16 avril 2014) *relatif aux attributions du ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie*, « (...) Il élabore et met en œuvre la politique d'équipement routier et autoroutier»).

<sup>364</sup> Per un inquadramento teorico generale sulla concessione, si v., A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE, P. DEVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, tomo 1, Lgdj, Parigi, 1983, p. 283 ss.

si è espresso, negli ultimi anni, prevalentemente in sede di negoziazione dei contratti accessori alla concessione, con particolare riferimento all'aspetto tariffario. Proprio quest'ultimo profilo è l'oggetto principale dell'attività dei soggetti che intervengono nel settore, sia con poteri deliberativi (come il Consiglio di Stato), sia in sede di controllo (come la Corte dei conti).

La principale autorità amministrativa competente è la *Direction générale des infrastructures, des transports et de la mer* (Digtm), costituita presso il *Ministère de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie* (Medde). Essa opera attraverso la *Direction des infrastructures de transport* (Dit), che si avvale di uffici tecnici (*services techniques*). Questi ultimi sono autorità specializzate che supportano la *Direction des infrastructures de transport* nella predisposizione e nella concertazione con le collettività locali delle regole per la gestione e lo sviluppo delle autostrade.

Figura 2. *L'amministrazione centrale di governo delle autostrade*



Fonte: rielaborazione dal sito del *Ministère de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie*

Una sottodirezione del *Service de gestion du réseau routier national* si occupa della gestione del patrimonio autostradale affidato in concessione. Alla *Sous-direction de la gestion du réseau autoroutier concédé* (Gra), spetta la negoziazione con i concessionari dei principali aspetti del contratto (soprattutto con riferimento ad alcuni profili che si vedranno essenziali come le condizioni dei *contrat de plan*, i cd. *Paquet verts autoritière*, nonché i meccanismi di compensazione con la tariffa

per l'occupazione del suolo pubblico<sup>365</sup>), nonché il controllo sui contratti di concessione in generale.

Il controllo si esplica tanto sulla conformità dell'attività del concessionario rispetto alle obbligazioni contrattuali (quindi in sede di esecuzione dei contratti), quanto in forma regolatoria, con particolare riferimento al controllo sulle tariffe (quindi in sede di negoziazione contrattuale). Come si vedrà più avanti, a tali competenze non corrisponde, almeno secondo alcune interpretazioni, un pari potere di negoziazione né una pari capacità effettiva di controllo e sanzione da parte dell'amministrazione centrale. Quanto al primo profilo, ad esempio, un aspetto che è stato rilevato come problematico è quello relativo allo scarso coinvolgimento degli uffici del Ministero dell'economia in fase di negoziazione<sup>366</sup>. Inoltre, sebbene le concessioni siano approvate con Decreto del Consiglio di Stato, negli ultimi anni si è diffusa la pratica di dare attuazione al *contrat del plan* anche prima dell'approvazione e dell'emanazione di questo provvedimento (cd. *anticipation*)<sup>367</sup>. Del secondo aspetto si dirà a breve.

La sottodirezione si divide in tre uffici, che corrispondono alle sue tre principali funzioni: il *Bureau du suivi des contrats et de l'aménagement du réseau*, la *Division de la construction et du patrimoine*, la *Division des usagers et de l'exploitation*. Il controllo sulle condizioni contrattuali e sul loro rispetto è esercitato dalla sottodirezione Gra con l'ausilio dell'organismo che oggi riunisce i servizi specializzati.

Per lo svolgimento delle competenze in materia, sino a qualche anno fa, il Ministero era affiancato dai *Services spécialisés et services techniques centraux*. Vi rientravano il *Service d'études sur les transports, les routes et leurs aménagements* (Setra), il *Centre d'études sur les réseaux, le transport, l'urbanisme et la construction* (Certu), i *Centres d'études techniques de l'Équipement* (Cete), il *Centre d'études techniques maritimes et fluviales* (Cetmef).

Di recente i *Services spécialisés et services techniques centraux* sono stati riformati e riuniti in un ente pubblico distinto, il *Centre d'expertise des risques, de l'environnement, des mobilités et de l'aménagement* (Cerema) costituito il 1°

---

<sup>365</sup> Si v. COUR DES COMPTES, *op. cit.*, p. 7.

<sup>366</sup> Si v. COUR DES COMPTES, *op. cit.*, p. 57, che ne riferisce in questi termini: «[l]e ministère chargé de l'économie (direction du budget, DGCCRF) n'a été tenu informé des contrats de plan que bien après la fin des négociations».

<sup>367</sup> Si v. COUR DES COMPTES, *op. cit.*, p. 75.

gennaio 2014, nella forma dell'*Etablissement publique à caractère administrative* (Epa)<sup>368</sup>.

Il Cerema è un organismo tecnico a supporto delle politiche di sviluppo territoriale<sup>369</sup>: esso opera attraverso una forma di *governance* condivisa, dal momento che le amministrazioni locali prendono parte al Consiglio d'amministrazione dell'ente<sup>370</sup>. Restano ancora il *Centre d'études des tunnels* (Cetu), il *Centre national des ponts de secours* (Cnps), il *Service technique des remontées mécaniques et des transports guidés* (Strmtg), il *Secrétariat général au tunnel sous la Manche* (Sgtm).

Nell'ambito della *Direction des infrastructures de transport*, al *Département partenariat public-privé infrastructures de transport* (Dpppit) compete la gestione dell'intero processo di affidamento delle concessioni. Essa opera in collaborazione con le *Directions régionales de l'Environnement, de l'Aménagement et du logement* (Dreal) corrispondenti.

<sup>368</sup> Il Cerema è stato istituito con l'art. 44, Décret n° 2013-1273 du 27 décembre 2013 relatif au Centre d'études et d'expertise sur les risques, l'environnement, la mobilité et l'aménagement (Cerema), che ne ha disciplinato l'organizzazione e il funzionamento.

<sup>369</sup> Si v. l'art. 44, Décret n° 2013-1273, che attribuisce al CEREMA la seguente missione: «[I]établissement a pour missions :1° De promouvoir et de faciliter des modes de gestion des territoires qui intègrent l'ensemble des facteurs environnementaux, économiques et sociaux; 2° D'accompagner les acteurs publics et privés dans la transition vers une économie sobre en ressources et décarbonée, respectueuse de l'environnement et équitable; 3° D'apporter à l'Etat et aux acteurs territoriaux un appui, en termes d'ingénierie et d'expertise technique sur les projets d'aménagement nécessitant notamment une approche pluridisciplinaire ou impliquant un effort de solidarité; 4° D'assister les acteurs publics dans la gestion de leur patrimoine d'infrastructures de transport et de leur patrimoine immobilier; 5° De renforcer la capacité des acteurs territoriaux à faire face aux risques auxquels sont soumis leurs territoires et leurs populations; 6° De promouvoir aux échelons territorial, national, européen et international les règles de l'art et le savoir-faire développés dans le cadre de ses missions et en assurer la capitalisation».

Si vi inoltre, l'art. 2, Décret n. 2013-1273, ai sensi del quale al CEREMA spetta: «[c]ontribuer, en lien étroit avec les collectivités territoriales, à la connaissance et à l'observation des territoires et des espaces maritimes ainsi qu'à la réflexion prospective sur les enjeux et les risques auxquels ceux-ci sont exposés; 2° Traduire les besoins locaux émergents et complexes en thématiques de recherche, en réflexions méthodologiques et en sujets de développement technologique et d'innovation; 3° Concourir à l'élaboration de la normalisation, de la réglementation technique et des règles de l'art aux niveaux national, européen et international; 4° Assurer la capitalisation, la diffusion et la promotion des travaux et études liés à ses activités, des connaissances scientifiques et techniques, des méthodologies, des normes et des règles de l'art, en particulier par le biais de formations, de publications d'ouvrages et d'informations; 5° Contribuer au développement et à la gestion du patrimoine des infrastructures de transport, en particulier du réseau routier national, au maintien en conditions opérationnelles des infrastructures de surveillance, de contrôle et d'aide à la sécurité des transports, notamment maritimes et fluviaux, à la sécurité routière et à la gestion du patrimoine immobilier des acteurs publics».

<sup>370</sup> Si v. l'art. 46, Loi n° 2013-431 du 28 mai 2013 portant diverses dispositions en matière d'infrastructures et de services de transports, che stabilisce che «[l]e conseil d'administration de l'établissement est composé: 1° De représentants de l'Etat; 2° D'élus représentant les collectivités territoriales; 3° De personnalités qualifiées extérieures à l'établissement choisies en raison de leur compétence, parmi lesquelles des personnes issues du monde des associations d'usagers et de protection de l'environnement; 4° De représentants élus du personnel de l'établissement», nonchè l'art 5, decreto n. 2013-1273, maggiormente nel dettaglio.

Alle amministrazioni citate si affiancano due organi rappresentativi, il cui ruolo e il cui peso effettivo, tuttavia, sono abbastanza discussi: il *comité des usagers du réseau routier national*<sup>371</sup> e la *commission nationale des marchés des sociétés concessionnaires d'autoroutes et d'ouvrages d'art*<sup>372</sup>.

Un ente pubblico si occupa dei principali profili attinenti al finanziamento.

La *Caisse National des Autoroutes*, già citata, istituita nel 1989, e regolata agli art. R 122-6 R122-15 del *Code de la voirie routière*, come si è scritto, è un ente pubblico, dotato di autonomia finanziaria, incaricato di emettere prestiti (*emprunts*) e anticipazioni (*avances*) per la gestione e lo sviluppo della rete autostradale. Fanno parte del Consiglio d'amministrazione della cassa: due rappresentanti del ministro responsabile in materia di circolazione autostradale; due rappresentanti del ministro dell'economia; un rappresentante del ministro degli interni; il *commissaire général au Plan ou son représentant désigné à titre permanent*; il direttore generale della *Caisse des dépôts et consignations*; un presidente di concessionario nominato dal ministro dei trasporti. Ai sensi dell'art. R 122-10 del *Code de la voirie routière*, contribuiscono al finanziamento della cassa, i ricavi dei prestiti emessi, i contributi versati dai concessionari, le altre risorse di tesoreria.

Un ruolo di rilievo è poi svolto dalla Cassa depositi e prestiti.

A completare il quadro sulla *governance* del settore, merita inoltre segnalare che i contratti di concessione, come si è anticipato, sono soggetti al controllo della Corte dei conti, che interviene sia in fase di stipula (*passation*), sia in fase di gestione.

Dal 2004, inoltre, i lavori svolti dalle società private sono sottoposti al vaglio della *Commissione nationale des marchés des sociétés concessionnaires d'autoroutes ed d'ouvrage d'art (Cnm)*<sup>373</sup>. La Commissione è così composta: *un conseiller maître à la Cour des comptes, président, nommé, pour une durée de trois ans renouvelable par arrêté conjoint du ministre chargé de la voirie nationale et du ministre chargé de l'économie;- le directeur général des routes ou son représentant;- le directeur des affaires économiques et internationales ou son représentant;- le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ou son représentant;- le directeur des affaires juridiques ou son représentant*. Partecipano alle riunioni della Commissione, senza diritto di voto:

<sup>371</sup> Si v. il Décret n° 2009-1102 du 8 septembre 2009 portant création du comité des usagers du réseau routier national.

<sup>372</sup> Si v., per un giudizio sul ruolo effettivo, COUR DES COMPTES, *op. cit.*, p. 7. La seconda, infatti, ad esempio, secondo quanto si rileva nella *Relazione*, non avrebbe quasi mai praticamente fatto ricorso ai poteri ispettivi che le spetterebbero.

<sup>373</sup> Si v. il Décret n°2004-86 du 26 janvier 2004 portant création de la Commission nationale des marchés des sociétés concessionnaires d'autoroutes ou d'ouvrages d'art.

*le chef de la mission de contrôle général économique et financier «Autoroutes et tunnels routiers» ou son représentant; - le chef de la mission du contrôle des concessions ou son représentant;- le cas échéant, un rapporteur désigné par le président de la Commission nationale des marchés.*

Alla Commissione spetta il controllo sul rispetto, da parte dei concessionari, delle condizioni contrattuali (*respect, par les sociétés concessionnaires d'autoroutes ou d'ouvrages d'art, de leurs obligations inscrites dans les cahiers des charges annexés à leurs conventions de concession en matière de passation et d'exécution des marchés de travaux, de fournitures et de services; (...) respect, par les sociétés publiques concessionnaires d'autoroutes ou d'ouvrages d'art, de la réglementation applicable en matière de passation et d'exécution des marchés de travaux, de fournitures et de services*).

Forti dubbi sono stati sollevati, tuttavia, sull'effettività dei controlli svolti dagli ultimi organismi citati, sia in relazione all'esercizio dei propri poteri ispettivi, sia in ordine alle implicazioni degli eventuali riscontri negativi e dunque in riferimento alla effettiva sanzionabilità di eventuali comportamenti non conformi alle condizioni contrattuali. Come si è detto, lo stesso Conseil d'Etat, che dovrebbe approvare i contratti accessori alla concessione, così come i *cahier de peage*, ha visto, in realtà ridimensionati i poteri associati al proprio intervento, a causa della pratica di *cd. anticipation*. Il quadro ipotetico e le discrasie riscontrabili nella prassi in sede di attuazione, in verità, lasciano intravedere quella ambiguità regolatoria che contribuisce a definire un risultato non ottimale neanche per gli stessi concessionari.

## **5. Le modalità di affidamento**

Come si può comprendere dall'analisi storica, il sistema delle concessioni si è sviluppato in Francia almeno nel corso di due riprese.

La prima è quella che ha dato avvio al regime concessorio nel settore delle autostrade: in questa fase la scelta del concessionario è stata rimessa alla discrezionalità dello Stato, e il rapporto si è fondato, in prevalenza, sull'*intuitus personae*.

La seconda è quella che muove dalla fase di apertura del settore a nuovi concessionari, che ha richiesto la rivisitazione della natura giuridica del soggetto

concessionario, la rivalutazione della natura giuridica del pedaggio, cui ha fatto seguito l'applicazione della concorrenza alle procedure di selezione.

Le modalità di individuazione della parte privata, i requisiti, i criteri per l'affidamento, nonché i tempi di svolgimento delle relative procedure, differiscono a seconda che si faccia riferimento alle concessioni cd. storiche, ovvero alle nuove concessioni (quelle stipulate a partire dalla metà del primo decennio del secolo).

Le prime concessioni sono state affidate a società miste (*sociétés d'économie mixte*) controllate dallo Stato. A partire dagli anni Settanta del secolo scorso in poi (con il citato decreto 12 maggio 1970), come si è scritto, l'ampliamento dell'ambito delle concessioni ha consentito anche a soggetti privati di accedere al settore. Anche questi soggetti sono stati scelti discrezionalmente dall'amministrazione. Almeno fino agli anni Novanta del secolo scorso, quindi, la scelta del concessionario si è basata prevalentemente sull'*intuitus personae*.

L'esigenza di garantire procedure selettive aperte per la scelta dei concessionari ha costretto a mettere in discussione pratiche diffuse e ampiamente sperimentate nell'ambito dell'ordine giuridico delle concessioni francesi.

Fino alla fine degli anni Novanta del secolo scorso, nuove porzioni di infrastrutture autostradali sono state affidate ai concessionari già operanti, come forma di prolungamento e di estensione delle precedenti concessioni (cd. *pratique de l'adossement*). Una pronuncia del Consiglio di Stato nel 1999 ha affermato l'illegittimità della suddetta pratica, soprattutto sotto il profilo delle garanzie concorrenziali e dell'apertura del settore, ne ha rigidamente fissato i limiti, dovendosi poter far rientrare in questa ipotesi solo a titolo eccezionale la realizzazione di una nuova opera, nonché ha reso necessaria la *mise en concurrence* delle concessioni in scadenza<sup>374</sup>. Ciò ha consentito, in prima battuta, soprattutto a partire dal 1999 in poi, l'entrata di otto nuovi concessionari nel settore.

Per l'affidamento delle nuove concessioni, si prevede ora che la procedura di attribuzione della concessione prenda avvio (*procédure de mise en concession*) con la pubblicazione dell'*Avis d'Appel Public à la Concurrence*, cui fa seguito una *décision ministérielle* sulla lista dei candidati ammessi a presentare la propria offerta.

---

<sup>374</sup> Si v. C. ABRAHAM, *op. cit.*, p. 44. In quell'occasione, il Consiglio di Stato francese ha affermato : «si, en vue de la concession de la construction et de l'exploitation d'un tronçon d'autoroute dont le trafic envisagé ne permet pas d'assurer la rentabilité, un candidat, déjà titulaire d'une concession, était admis à présenter une offre dont l'équilibre financier serait assuré par la prolongation de la durée de la concession initiale, alors que les autres candidats ne pourraient que réclamer une subvention de la part de l'autorité concédante, l'égalité entre candidats serait rompue, et seraient méconnues les dispositions susmentionnées (art 38 et 40 de la Loi du 29 janvier 1993), ainsi que l'article 3 de la directive n°93/37 CEE du Conseil du 14 juin 1993».



L'intera procedura è svolta sotto la responsabilità del Département PPP-IT della Dit e dura circa diciotto mesi. La migliore offerta è solitamente valutata in funzione della qualità del progetto sotto il profilo tecnico, nonché del profilo economico, sia in termini di entità sulla proposta del pedaggio, sia in termini di cofinanziamento pubblico necessario, previsto laddove il progetto non sia di per sé remunerativo<sup>375</sup>.

Parimenti nel rispetto dei meccanismi concorrenziali di selezione, il concessionario può individuare un subconcessionario, cui affidare ulteriori servizi o attività commerciali da svolgere sulla porzione di rete in concessione, sempre secondo *appel à la concurrence*<sup>376</sup>. La regola vale anche per attività accessorie rispetto a quelle di realizzazione delle opere (come ad esempio quella di *dépannage*)<sup>377</sup>.

Il prolungamento dei regimi concessori, tuttavia, ha fatto leva anche su altri meccanismi, di cui si è ampiamente scritto e sui quali si tornerà comunque nel prosieguo dell'indagine, che ne hanno consentito a più riprese la riviviscenza.

In molti casi, però, le procedure aperte di selezione hanno portato alla conferma dei precedenti concessionari<sup>378</sup>.

## 6. Il regime concessorio «à la française»

Nell'ambito dell'ordinamento giuridico francese, le questioni relative alla competenza in materia di individuazione delle opere, alle caratteristiche e alle

<sup>375</sup> Si v., al riguardo le seguenti concessioni, quella per il viaduc de Millau, autostrada A28 (Rouen-Alençon), A19 (Orléans-Auxerre), A41 (Annecy-Genève), A65 (Pau-Bordeaux), A88 (Caen-Alençon), A63 (Salles-Saint Geours de Maremne); A150 (Ecalles Alix-Barentin), secondo quanto riportato dal Ministero al seguente link: <http://www.developpement-durable.gouv.fr/Les-concessions-autoroutieres.html>

<sup>376</sup> In questi termini, da ultimo, Conseil d'État, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 06/11/2013, 363963, Inédit au recueil Lebon.

<sup>377</sup> Sul punto, si v. CONSEIL DE LA CONCURRENCE n° 05-A-22 du 2 décembre 2005; Conseil de la Concurrence, Décision n° 09-D-08 du 16 février 2009 relative à des pratiques mises en oeuvre par les sociétés d'autoroute dans le secteur du dépannage-remorquage sur autoroutes.

<sup>378</sup> Con riferimento all'anno 2011, ad esempio, si è conclusa la seguente procedura: Autoroute A 150: Écalles-Alix / Barentin, avviata nel 2009, dei tre candidati è risultato vincitore Albea. Si v., per le procedure in corso in quell'anno, *Le réseau autoroutier concédé en 2012. Rapport sur l'exécution et le contrôle des contrats de concession d'autoroutes et d'ouvrages d'art. Article 7 du décret n° 2009-1102 du 8 septembre 2009 portant création du comité des usagers du réseau routier national. Rapport annuel sur l'évolution des péages pour chaque exploitant autoroutier. Article L. 119-8 du code de la voirie routière*, 2012, p. 36.

modalità relative al loro sviluppo nonché alla loro gestione, trovano risposta nella definizione del rapporto concessorio.

L'istituto è una delle opzioni in astratto praticabili per la realizzazione delle opere pubbliche<sup>379</sup>, accanto alla costruzione e gestione in via diretta (cd. *régie*), nonché al cd. *marché de travaux public*. Dal 2004, come si è scritto, al sistema descritto sono affiancate forme di partnership pubblico-privata.

Come si è avuto modo di rilevare, infatti, dal 1955 ad oggi la costruzione e la gestione autostradale si è inquadrata prevalentemente in questo provvedimento. In passato, si è anche discusso sulla possibilità di ricondurre il provvedimento nell'ambito della concessione di lavori pubblici: sia la giurisprudenza, sia la scienza giuridica hanno concordato nel considerare il provvedimento come una concessione di lavori pubblici e di esercizio di un servizio<sup>380</sup>. Lo stesso art. L 122-4 del *Code de la voirie routière*, peraltro, rinvia oggi alla delega di servizio pubblico.

Le due tipologie di concessioni di cui si è scritto in sede di ricostruzione storica e di cui si è dato conto nel paragrafo precedente, quelle cd. storiche, concluse negli anni Sessanta del secolo scorso e poi periodicamente rinnovate, e quelle recenti, presentano differenziazioni sostanziali. La distinzione, infatti, non ha un valore puramente nominale, ma si ripercuote su alcuni profili del regime giuridico associato ai singoli provvedimenti, che ha ovviamente risentito del contesto in cui si è sviluppato.

Nelle concessioni storiche, ad esempio, la durata temporale e l'entità del pedaggio dovevano consentire di finanziare interamente lo sviluppo della rete e le opere relative secondo quanto disciplinato dal contratto. La disciplina allora vigente ne limitava l'ambito di operatività specificando il novero dei possibili concessionari: nella sua attuale formulazione, invece, l'art. 4 della legge n. 55435 del 1955, non fornisce indicazioni sulla natura giuridica del concessionario. In un'ottica di maggiore apertura del settore, tuttavia, le concessioni che risalgono agli anni Sessanta del secolo scorso si sono fondate su due presupposti<sup>381</sup>: da un canto, il pagamento del pedaggio come corrispettivo per un servizio reso e, dall'altro canto, l'assunzione dei rischi da parte del concessionario.

<sup>379</sup> Si v. al riguardo, Y. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 475 ss.

<sup>380</sup> Nella giurisprudenza CONSEIL D'ETAT, 14 février 1975, Epoux Merlin, «[l]a concession autoroutière est à la fois un contrat de concession de travaux et un contrat de délégation de service public, par lequel l'État, autorité concédante, confie pour une durée définie à un concessionnaire la conception, le financement, la construction, l'entretien et l'exploitation d'une infrastructure autoroutière ou d'un ouvrage d'art, en contrepartie de la perception d'un droit d'utilisation de cette infrastructure (le péage) acquitté par les usagers». Anzi, parte della giurisprudenza ha discusso e ipotizzato che si trattasse di una concessione di servizio pubblico: in questo senso, si v. Conseil d'Etat, 21 février 1975, Csports-Nougarède.

<sup>381</sup> Si v. in tema, COUR DES COMPTES, *op. cit.*, p. 8.

Le concessioni stipulate a partire dagli anni 2000, invece, hanno un ampiezza, una finalità e una dimensione più limitata.

Per quanto riguarda la disciplina dei rapporti tra concessionario e concedente, l'art. 4 della legge n. 55435 del 1955 stabilisce che al provvedimento si accompagnino una convenzione (*convention de concession*), che contiene il contratto di delega di un pubblico servizio, ed un accordo tariffario (*cahier des charges*).

Gli stessi provvedimenti possono autorizzare il concessionario a percepire un pedaggio «*en vue d'assurer le remboursement des avances et dépenses de toute nature faites par l'Etat et les collectivités ou établissements publics, l'exploitation et, éventuellement l'entretien et l'extension de l'autoroute, la rémunération et l'amortissement des capitaux investis par le concessionnaire*».

La *convention de délégation* e il *cahier des charges* ad essa allegato fissano le condizioni per lo svolgimento delle opere previste nella concessione. Entrambi gli atti sono approvati con decreto del Consiglio di Stato. In caso di contributo finanziario da parte delle collettività locali, il *cahier de charge* regola anche il meccanismo di ripartizione finanziaria.

Per quanto riguarda il finanziamento, l'art. 122-6 del *Code de la voirie routière*, introdotto dalla Loi 89-413 1989-06-22 jorf 24 juin 1989, regola le garanzie dello Stato sui prestiti (*Les emprunts émis en vue de financer les opérations de construction d'autoroutes inscrites aux plans d'amélioration du réseau routier national peuvent bénéficier de la garantie de l'Etat*), nonché i prestiti stessi (*Des avances peuvent, en outre, être consenties par l'Etat, pendant les premiers exercices, pour assurer l'équilibre de l'exploitation des sociétés d'économie mixte dans lesquelles les intérêts publics sont majoritaires*)<sup>382</sup>. Nelle nuove concessioni sono inseriti meccanismi di ripartizione degli utili in caso di risultati maggiori rispetto a quelli originariamente previsti oppure meccanismi di risoluzione anticipata della concessione per gli stessi motivi. In queste convenzioni sono anche contemplate anche forme di sovvenzione.

L'art. 4 della legge n. 55435 del 1955 stabilisce, poi, che eventuali opere non previste inizialmente nel *cahier de charge*, possano essere incluse successivamente, purchè risultino accessorie rispetto all'intervento principale. Qualora la realizzazione di tali opere sia finanziabile ragionevolmente attraverso l'aumento del

---

<sup>382</sup> I concessionari possono, inoltre, beneficiare della garanzia dello Stato sui prestiti necessari al finanziamento delle opere concordate. «*Des avances imputées sur la tranche nationale du fonds spécial d'investissement routier pourront en outre être consenties, pendant les premiers exercices, pour assurer l'équilibre de l'exploitation des sociétés d'économie mixte dans lesquelles les intérêts publics sont majoritaires*».

pedaggio, è possibile ricorrere al prolungamento della durata della concessione. Per questo motivo, oltre al *contrat de concession*, alla concessione può essere associato anche un *contrat de plan*. Quest'ultimo disciplina gli investimenti supplementari e gli ulteriori interventi sulla rete, originariamente non previsti nella concessione. Comunemente noti come *investissements complémentaires sur autoroutes en service* (Icas), gli investimenti complementari sulle autostrade in servizio sono costituiti da interventi di costruzione o conservazione dell'infrastruttura. Sono invece generalmente definiti come *investissements d'exploitation sur autoroute en service* (Ieas), quegli interventi di miglioramento della rete, che non rientrano nelle obbligazioni del concessionario. Su queste differenziazioni si fondano le negoziazioni tra concessionario e concedente per la realizzazione di interventi non originariamente previsti.

Se questa è in buona sostanza la struttura e l'insieme degli atti che regolano il rapporto concessorio, si tratta ora di comprenderne i singoli profili, ad iniziare da quello relativo alla determinazione del pedaggio e alla durata della concessione.

Quanto al primo profilo, come si è avuto modo di ricordare, la legge approvata nel 1955 – e tuttora il *Code de la voirie routière* - specificano che l'utilizzo delle autostrade è libero e gratuito. Come si è detto, il pagamento di un pedaggio era consentito inizialmente solo come ipotesi di eccezione rispetto al principio di gratuità del *domaine publique*, in caso di concessioni, ove queste fossero rilasciate ad autorità locali, camere di commercio e società semi-pubbliche a partecipazione maggioritaria pubblica, e successivamente come ipotesi ordinaria in caso di concessioni. Il passaggio dalla gratuità dell'utilizzo alla sua onerosità, è avvenuto dunque a seguito della attribuzione in concessione del demanio autostradale e alla qualificazione, conseguente e in qualche modo motivata rispetto al regime di concessione, in termini di prestazione, rispetto al servizio offerto dai soggetti gestori. Un simile risultato è stato possibile in quanto il pagamento diretto da parte dell'utente del pedaggio è stato considerato come la remunerazione per il servizio reso per lo sviluppo dell'infrastruttura così come per lo svolgimento di servizi a valore aggiunto. Il diritto di sfruttare l'autostrada da parte del concessionario, inoltre, rappresenta a sua volta la remunerazione per il capitale investito, per la realizzazione di interventi che si considerano necessari<sup>383</sup>.

Dalla qualificazione giuridica del pedaggio derivano implicazioni naturalmente anche sulla definizione giuridica dei rapporti con l'utenza. Al riguardo, la giurisprudenza ha inizialmente oscillato tra due diverse interpretazioni. Il *tribunal des conflits*, per un verso, ha escluso il carattere contrattuale del rapporto

---

<sup>383</sup> CONSEIL D'ÉTAT, 13 mai 1977, Cofiroute (Recueil Lebon, 1977, p. 219); CONSEIL D'ÉTAT, 15 aprile 1996, Préfet del Buches du Rhône c. /Cne de Lambesc.

tra concessionario e utente, sostenendo che tale rapporto dovesse essere qualificato per la sua natura unilaterale, regolamentare e legale: del resto, nell'ottica di questo giudice, il pedaggio doveva essere considerato alla stregua di una tassa<sup>384</sup>. Diversamente, è prevalsa nel tempo l'opinione del Consiglio di Stato, che ha qualificato il pedaggio come la remunerazione per un servizio reso, pur non ponendo in discussione la natura regolamentare del rapporto tra l'utente e il gestore<sup>385</sup>.

Sul pedaggio e sulla sua qualificazione si è incidentalmente anche pronunciata la Corte di Giustizia Ue<sup>386</sup>.

In quell'occasione, il governo francese ha sostenuto tesi diverse rispetto alla consolidata giurisprudenza nazionale. La qualificazione del pedaggio come remunerazione per un servizio reso, secondo la Commissione europea, avrebbe dovuto impegnare la Repubblica francese ad assoggettare il pedaggio all'imposta sul valore aggiunto, ai sensi della direttiva del Consiglio 17 maggio, 1977, n. 77/388/Cee, artt. 2 e 4. La questione richiedeva di discutere della qualificazione dei concessionari d'autostrade: questi ultimi venivano considerati, in quell'occasione, dalle autorità francesi come collettori d'imposta; attraverso, il pedaggio, essi avrebbero effettuato un servizio di riscossione tasse direttamente dagli utenti. In quanto tali, per il governo francese, essi avrebbero dovuto essere assoggettati al regime di imposizione fiscale solamente per la parte della remunerazione che costituiva corrispettivo per il servizio reso allo Stato. Contrariamente a quanto affermato, in altre circostanze, dai giudici nazionali, di fronte alla Commissione il governo francese ha sostenuto che l'importo del pedaggio non fosse determinato in funzione del servizio reso agli utenti e quindi non potesse essere qualificato come canone<sup>387</sup>. Diversamente, per la Commissione la messa a disposizione di infrastrutture stradali contro pagamento di un pedaggio da parte dell'utente avrebbe dovuto essere considerata alla stregua di un'attività economica, in termini di prestazione di servizi effettuata da un soggetto a mezzo dello sfruttamento di un bene<sup>388</sup>. Investita della questione, la Corte ha concluso affermando che, dato il carattere ampio delle previsioni della direttiva in questione, l'attività dei concessionari potesse qualificarsi come attività economica e come prestazione di un servizio. Ciò sarebbe confermato dalla circostanza per cui «l'uso dell'infrastruttura stradale è subordinata al pagamento di un pedaggio, il cui importo dipende, in

<sup>384</sup> TRIBUNAL DES CONFLITS, 28 giugno 1965, Mlle Ruban.

<sup>385</sup> CONSEIL D'ÉTAT 13 maggio 1977 st. Cofiroute. Si v. sul punto M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DEVOLVE, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, Parigi, 2007, p. 491..

<sup>386</sup> Si CORTE GIUSTIZIA UE, 12 settembre 2000, n.276, in *Riv. dir. trib.*, III, 2003, p. 131 ss. (Nota di M. PIASENTE, *L'Iva come risorsa propria del bilancio comunitario e i provvedimenti di cd. condono*).

<sup>387</sup> CORTE DI GIUSTIZIA, cit., § 9-15.

<sup>388</sup> CORTE DI GIUSTIZIA, cit. § 23.

particolare, dalla categoria del veicolo e dalla distanza percorsa. Esisterebbe quindi una relazione diretta tra il servizio prestato e il corrispettivo pecuniario ricevuto attraverso il pagamento di un pedaggio»<sup>389</sup>. A quanto affermato, la Corte ha anche aggiunto che il fatto che l'attività potesse essere svolta da concessionari privati non valesse a giustificare un'esenzione.

La pronuncia, del resto, non ha fatto che confermare quanto già ampiamente affermato dagli stessi giudici nazionali francesi, per i quali la natura del pedaggio aveva sollevato diverse incertezze, risolte comunque nella relativa valutazione in termini di remunerazione per un servizio reso.

Una volta chiarita la sua natura giuridica, anche il profilo della determinazione dell'entità del pedaggio ha subito vicende altalenanti. Come si è ricordato in sede di ricostruzione storica, nelle prime concessioni la misura del pedaggio è stata fissata a livello ministeriale, su proposta dei concessionari medesimi. Sin dai primi anni, tuttavia, sono state previste eccezioni: una clausola inserita nella convenzione con Escota aveva ad esempio concesso alla società di variare le condizioni di pedaggio dietro autorizzazione<sup>390</sup>. Con l'entrata di Cofiroute sul mercato, poi, è sembrato che si avviasse un periodo di relativa libertà tariffaria, negata pochi anni più tardi con una decisione che richiedeva alle società concessionarie di presentare la propria proposta tariffaria al Ministero dell'Economia con largo anticipo rispetto alla tempistica fissata per le relative deliberazioni. La decisione è stata confermata dal Consiglio di Stato francese in una celebre sentenza in materia di qualifica giuridica del pedaggio<sup>391</sup>.

Allo stato attuale, l'art. L 122-4 del *Code de la voirie routière* richiede che il pedaggio sia approvato con decreto del Consiglio di Stato e che la sua misura sia preordinata a coprire totalmente o parzialmente le spese per la costruzione, lo sviluppo e la gestione dell'autostrada. La stessa disposizione prevede poi che in casi di delega di servizio pubblico, il pedaggio sia ugualmente destinato alla copertura delle spese per la remunerazione e l'ammortamento del capitale investito<sup>392</sup>.

Il Décret n° 95-81 du 24 janvier 1995 *relatif aux péages autoroutier* fissa i criteri e le procedure per procedere alla determinazione del pedaggio. Quanto ai

<sup>389</sup> CORTE DI GIUSTIZIA, cit., § 35.

<sup>390</sup> Si v. C. ABRAHAM, *op. cit.*, p. 17.

<sup>391</sup> CONSEIL D'ETAT, 14 fevr. 1975, Epoux Merlin. In quanto corrispettivo per una prestazione il pedaggio poteva essere sottoposta a regolazione, che tuttavia non veniva a determinare un rapporto contrattuale tra il concessionario e l'utente: Arrêt Leclère 12 dicembre 1983.

<sup>392</sup> In questi termini: «peut être institué par Décret en Conseil d'Etat un péage pour l'usage d'une autoroute en vue d'assurer la couverture totale ou partielle des dépenses de toute nature liées à la construction, à l'exploitation, à l'entretien, à l'aménagement ou à l'extension de l'infrastructure. En cas de délégation des missions du service public autoroutier, le péage couvre également la rémunération et l'amortissement des capitaux investis par le délégataire».

criteri, il provvedimento fa riferimento a «*modalités de calcul d'un tarif kilométrique moyen servant de base aux tarifs de péages et qui tient compte de la structure du réseau, des charges d'exploitation et des charges financières de la société, ainsi que les possibilités de modulation de ce tarif kilométrique moyen*». Per quanto riguarda, invece, le procedure, si decide che le tariffe siano definite annualmente, e che il *cahier de charge* fissi le regole per la determinazione, mentre il *contrat de plan* quelle per la loro modifica nell'arco di ciascun quinquennio. Il decreto prescrive poi che, laddove non si sia pervenuti alla stipula del *contrat de plan*, la misura dell'aumento delle tariffe sia parametrata secondo criteri prefissati in percentuale rispetto ai prezzi al consumo. Quindi, sebbene il provvedimento non li definisca, si comprende bene che i due contratti riguardino archi temporali distinti (il quinquennio, per il primo, e l'anno per il secondo). Nei contenuti, il *cahier de peage* sostanzialmente limita la scelta tariffaria, secondo le indicazioni contenute nel decreto, mentre nel *contrat de plan* potrebbe essere possibile accordarsi su tariffe più vantaggiose a patto di realizzare investimenti supplementari.

Tra gli obblighi del concessionario rientra quello relativo al contributo per l'occupazione di suolo pubblico da versare annualmente: si tratta di un profilo di cui occorre tenere ampia considerazione, in relazione alle implicazioni che esso ha avuto sui rapporti tra concessionario e concedente, con particolare riferimento alla durata e al finanziamento<sup>393</sup>.

La cd. *taxe d'aménagement du territoire* (TAT) è stata prevista per legge nel 1995<sup>394</sup> (l. 4 febbraio 1995), art. 36. La disposizione ha stabilito che «*les conséquences de la taxe instituée par l'article 302 bis ZB du code général des impôts sur l'équilibre financier des sociétés concessionnaires sont prises en compte par des Décrets en Conseil d'État qui fixent notamment les durées des concessions autoroutières*». In questo modo, la norma ha costituito un nesso tra l'aumento della TAT e la durata della concessione, che è stata variata a compensazione del primo. Il regime di compensazione è stato poi definito in sede di approvazione della *Loi de finances 2011*, programmando sovvenzioni, per le nuove concessioni, e aumenti tariffari, per le concessioni storiche. Le compensazioni relative agli obblighi di pagamento della tassa di occupazione del suolo pubblico costituiscono l'ennesima conferma dell'utilizzo del profilo della durata della concessione, come meccanismo di risoluzione e di rinegoziazione del rapporto concessorio.

Del resto, sulla durata della concessione gli orientamenti sono apparsi sin da subito poco chiari: sempre per quanto riguarda Escota, infatti, si era deciso che in

<sup>393</sup> CONSEIL GENERALE DE L'ENVIRONNEMENT ET DU DEVELOPPEMENT DURABLE, Rapports. *Mission d'audit sur le programme 203. Infrastructures et services de transports* (IST), cit. p. 41.

<sup>394</sup> Con Loi n. 95-115 du 4 février 1995 *d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire*.

caso di mancato ammortamento del capitale investito dalla società, la concessione avrebbe potuto essere prolungata<sup>395</sup>. A questo provvedimento eccezionale, ha fatto seguito la pratica del cd. *addossement*, in base alla quale ampliamenti della rete infrastrutturale rispetto al progetto inizialmente concordato sono stati finanziati attraverso il prolungamento della concessione.

Se è vero che la durata della concessione poteva dipendere dal tempo di recupero dell'investimento, tuttavia, su questo aspetto si sono concentrate maggiormente le negoziazioni tra concedente e concessionario. L'evenienza ha rafforzato l'attività di controllo da parte delle pubbliche autorità, l'elaborazione di rapporti periodici, che si sono intensificati a partire dal 2012, nonché ha avviato l'attività di ricognizione del patrimonio demaniale autostradale<sup>396</sup>. In vista della scadenza, sono stati inclusi nei contratti di programma indicatori di *performance* la cui realizzazione è stata verificata a partire dal 2012.

Di fatto, la maggior parte delle prime concessioni verrà a scadenza tra il 2027 e il 2032.

Figura 3. *I contratti di concessione*

Société	Début de la concession	Fin de la concession	Fin de la concession	Longueur initiale du réseau (km)	Longueur du réseau (km) au 31/12/2012	Commentaire
APRR	19/09/1963	31/12/1998	31/12/2032	400	1854	
AREA	05/04/1971	31/12/2008	31/12/2032	312	391	
ASF	<b>13/03/1961</b>	31/12/1996	31/12/2033	1973 (ASF) 824,3 (a) 2734 (a) 1973		
ESCOTA	21/05/1957	31/12/1992	31/12/2027	28,7	460	
SANEF	25/11/1963	31/12/1998	31/12/2029	199	1399	

<sup>395</sup> Si v. C. ABRAHAM, *op. cit.*, p. 16.

<sup>396</sup> Si v., al riguardo, COUR DES COMPTES, *op. cit.*, ove si afferma che, a partire dal 2012, eventuali disinvestimenti diventano sanzionabili da parte del concedente.



SAPN	01/08/1963	31/12/1998	31/12/2028	200	372	
COFIROUTE (interurbain)	12/05/1970	31/12/2006	31/12/2031	437	1101	
ATMB	7/7/1959 (tunnel)	31/12/2035 (tunnel)	31/12/2050	Autoroute : 110 Tunnel : 5,8 A 40 : 110 RN205 : 16 Tunnel 5,8		Prolongation par ratification parlementaire
SFTRF	15/01/1974 (tunnel)	31/12/2050 (tunnel)	31/12/2050	Autoroute : 68 Tunnel 6,4 A 43 : 68 Tunnel 6,4		Prolongation par ratification parlementaire

Fonte: *Le réseau autoroutier concédé en 2012*. Estratto da *Annexe 4 - Données contractuelles sur les sociétés autoroutières Historiques*.

## 7. La regolazione del rapporto e le modalità di individuazione dell'opera

Il processo di realizzazione di opere sulla rete stradale nazionale è disciplinato dapprima con legge n. 2002-276, du 27 février 2002, e con legge n. 2004-809 du 13 août, nonché per le modalità di progettazione, istruttoria, approvazione e valutazione, con circolare del 7 gennaio 2008.

La decisione di realizzazione di un'opera quale quella autostradale avvia un procedimento particolarmente complesso che consta generalmente di sette fasi, alcune delle quali possono essere anche semplificate, riunite ovvero modificate a seconda del tipo di opera e del contesto in cui essa si collocherà. La prima fase consiste nella valutazione di opportunità, che prevede il *débat public*; la seconda si svolge attraverso i cd. *études préalables*; la terza consiste nella dichiarazione di

utilità dell'opera (che è rimessa ad un decreto del primo ministro, su parere del Consiglio di Stato, nel caso delle autostrade); la quarta riguarda la presentazione del progetto dettagliato e la realizzazione dei lavori che, in presenza di concessione, sono rimessi al concessionario scelto secondo procedure concorrenziali. Le ultime due fasi riguardano il funzionamento dell'opera e la valutazione finale.

Nel sistema francese, la procedura per la definizione delle caratteristiche dell'opera risulta decentralizzata nel concessionario, nella maggior parte dei casi<sup>397</sup>.

Spetta al concessionario la definizione dell'opera, il suo tracciato, il riutilizzo delle infrastrutture esistenti, in collaborazione con rappresentanti, residenti, amministrazioni locali.

Una volta individuato il concessionario secondo le modalità descritte, prendono avvio le negoziazioni per la definizione del contratto di concessione, che è, poi, approvato con decreto ministeriale e nel quale sono definiti il finanziamento, la progettazione, la costruzione il mantenimento e lo sfruttamento della parte infrastrutturale e dell'opera<sup>398</sup>.

La concessione fissa gli obiettivi di mantenimento e sviluppo dell'infrastruttura e del servizio, gli *standard* di sicurezza qualità e tutela dell'ambiente, nonché il pedaggio.

Ciò che sembra differenziare il contratto di concessione, rispetto a quello di *marchè publics*, è proprio il profilo del rischio, che nel primo è a carico del concessionario<sup>399</sup>.

Come si è chiarito nel paragrafo precedente, l'atto giuridico che definisce le obbligazioni delle parti è il contratto accessorio alla concessione (*contrat de concession*) oppure il contratto di programma (*contrat de plan*). In buona sostanza, nel primo sono definite le condizioni di base, mentre nel secondo sono fissati gli interventi accessori.

Ai sensi dell'art. L 121.3 del *Code de la voirie routière*<sup>400</sup>, nella parte relativa alle disposizioni comuni alle strade e alle autostrade, si applicano alle autostrade le disposizioni del *Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique*, relative alla *prise de possession de terrains en cas d'extrême urgence*. Al riguardo, l'art. L 15-9,

<sup>397</sup> Si cfr. F. BOUSQUET, A FAYARD, *op. cit.*, p. 33.

<sup>398</sup> Si v., al riguardo, quanto riferito per Albea in Cour des comptes, *op. cit.*: «*Les négociations visant à la mise au point du contrat se sont conclues le 29 décembre 2011 avec la parution du Décret n°2011-11, approuvant la convention de concession passée entre l'État et la société ALBEA pour le financement, la conception, la construction, l'entretien, l'exploitation et la maintenance de la section concernée de l'autoroute A 150*».

<sup>399</sup> Si v. COUR DES COMPTES, *op. cit.*, p. 19.

<sup>400</sup> Inserito con Loi 89-413 1989-06-22 jorf 24 juin 1989.

del codice sull'espropriazione prevede la possibilità di occupazione di un terreno su decreto del prefetto, secondo quanto stabilito dall'art. L 15-7<sup>401</sup>, e dietro parere conforme del Consiglio di Stato quando la relativa opera sia stata dichiarata di utilità pubblica<sup>402</sup>.

Anche i contratti storici possono essere integrati con contratti quinquennali, concordando con i concessionari investimenti complementari a quelli relativi allo sviluppo della rete in cambio di un aumento delle tariffe in compensazione. Tali ulteriori condizioni devono essere inserite sempre nei *contrat de plan*. In questo modo il contratto contiene due ordini di disposizioni: da un lato quelle supplementari, oggetto di compensazione; dall'altro, quelle originarie.

Per quanto riguarda il pedaggio, annualmente i concessionari presentano all'autorità concedente le proprie proposte in ordine alle eventuali variazioni tariffarie. Dette modifiche sono valutate dalla Dit, e dalla *Direction Générale de la Concurrence et de la Répression des Fraudes* (Dgccrf), presso il Ministero dell'Economia e, in assenza di un contratto di programma (*contrat de plan ou d'entreprise*), sono approvate con decreto interministeriale (*arrêt*).

L'articolo L 122-4-2 del *Code de la voirie routière* prevede, poi, che il concessionario comunichi annualmente i risultati della propria gestione alle collettività che hanno contribuito al finanziamento della gestione e dello sviluppo

---

<sup>401</sup> «L'administration soumet au conseil un projet motivé accompagné d'un plan indiquant les communes où sont situés les terrains qu'elle se propose d'occuper et la description générale des ouvrages projetés.

Dans les vingt-quatre heures de la réception du Décret, le préfet prend les arrêtés nécessaires, comme il est dit aux articles 1er et 3 de la Loi du 29 décembre 1892. Les agents de l'administration peuvent alors pénétrer dans les propriétés privées en se conformant à la procédure des articles 1er, 4,5 et 7 de la même Loi.

Si la demande en est présentée par les propriétaires ou par les autres intéressés, l'administration paie ou, en cas d'obstacle au paiement, consigne, dans la quinzaine, une indemnité provisionnelle égale à l'évaluation des services fiscaux. A défaut par elle de payer ou de consigner cette provision, l'autorisation d'occuper les terrains cesse d'être valable».

<sup>402</sup> «Lorsque l'exécution des travaux de construction d'autoroutes (...) en site propre et d'oléoducs régulièrement déclarés d'utilité publique risque d'être retardée par des difficultés tenant à la prise de possession d'un ou plusieurs terrains non bâtis, situés dans les emprises de l'ouvrage, un Décret pris sur avis conforme du Conseil d'Etat pourra, à titre exceptionnel, autoriser la prise de possession de ces terrains.

Cette prise de possession a lieu dans les conditions fixées à l'article L. 15-7. Le projet motivé qui est soumis au Conseil d'Etat par l'administration conformément au premier alinéa de l'article L. 15-7 doit comporter un plan parcellaire fixant les terrains que l'administration se propose d'occuper.

Toutefois, la prise de possession ne pourra avoir lieu qu'après paiement provisionnel d'une somme égale à l'évaluation du service des domaines ou à l'offre de l'autorité expropriante si celle-ci est supérieure. En cas d'obstacle au paiement ou de refus de recevoir, cette condition est remplacée par l'obligation pour l'administration de consigner la somme correspondante.

Faute par l'administration de poursuivre la procédure d'expropriation dans le mois qui suit la prise de possession, le juge, saisi par le propriétaire, prononce le transfert de propriété si celui-ci n'a pas encore été ordonné et, en tout état de cause, fixe le prix du terrain et, éventuellement, l'indemnité spéciale prévue à l'alinéa 1 de l'article L. 15-8».

dell'infrastruttura, e pubblici un rapporto sullo stato di avanzamento dei singoli progetti, sui servizi resi sugli indicatori di qualità.

L'attività di controllo svolta dall'amministrazione statale riguarda diversi profili: le tariffe, la qualità del servizio, la conservazione del patrimonio, la realizzazione delle infrastrutture, le sub concessioni, la realizzazione delle misure di compatibilità ambientale previste nei cd. *paquet vert*, il rispetto delle condizioni contrattuali, nonché gli indicatori di *performance*, di cui si è scritto.

Il controllo sulle tariffe mira sostanzialmente a verificare che la proposta tariffaria fatta dal concessionario sia conforme a quanto stabilito nel *cahier des charges*, ovvero nel *contrat de plan* e che risponda agli indici e ai criteri prestabiliti.

Il controllo sulla qualità del servizio viene svolto tanto in base alle relazioni presentate dai concessionari, quanto in loco, attraverso ispezioni, quanto nel corso di riunioni periodiche. Principalmente, tale valutazione investe la gestione del traffico, la sicurezza, la corretta informazione, nonché la soddisfazione complessiva per il servizio reso.

Per il 2012 la Dgim, oltre ad aver proceduto alla definizione di una serie di indicatori per valutare i risultati dell'attività dei concessionari, ha anche richiesto un inventario dei beni, con particolare riferimento allo stato del patrimonio, nonché un obiettivo finale da collegare al termine della concessione.

In attuazione del cd. programma 203 *Infrastructures et services de transport*<sup>403</sup>, avviato con la strategia inclusa nelle leggi 3 agosto 2009 e 12 luglio 2010 cd. «Grenelle I e II», tre indicatori in particolare sono stati presi in considerazione e inseriti nei contratti (*contrat de performance*): *l'état des chaussées; l'état des ouvrages d'art; qualité de service des réseaux de transports (aires de repos et viabilité hivernale)*<sup>404</sup>.

La *qualité de service des réseaux de transport* è misurata attraverso sondaggi campionari effettuati sugli utenti<sup>405</sup>.

L'art. 10 della legge Grenelle I, poi, ha richiesto la conformità ambientale nello sviluppo delle infrastrutture autostradali e delle opere ad esse connesse<sup>406</sup>,

<sup>403</sup> Si v. al riguardo, CONSEIL GENERALE DE L'ENVIRONNEMENT ET DU DEVELOPPEMENT DURABLE, *Rapports. Mission d'audit sur le programme 203. Infrastructures et services de transports (IST)*, Giugno 2013.

<sup>404</sup> Si v., al riguardo, COUR DES COMPTES, *op. cit.*, p. 20.

<sup>405</sup> Si v., al riguardo, CONSEIL GENERALE DE L'ENVIRONNEMENT ET DU DEVELOPPEMENT DURABLE, *Rapports. Mission d'audit sur le programme 203. Infrastructures et services de transports (IST)*, cit. p. 69.

<sup>406</sup> «Les projets permettant d'achever les grands itinéraires autoroutiers largement engagés seront menés à bonne fin dans les meilleurs délais et dans le respect de normes environnementales conformes au développement durable». L'inquadramento generale della questione è comunque delineato nel comma precedente, ove si legge: «L'Etat veillera à réduire les pollutions et les nuisances des différents modes de transport. Il favorisera l'adoption de comportements responsables au regard des exigences écologiques,

sebbene l'art. 11 includesse specificamente tra progetti prioritari quelli relativi alle altre infrastrutture di trasporto<sup>407</sup>.

Per l'attuazione del programma, è stata istituita nel 2010 l'*agence française pour l'information multimodale et la billettique*, annessa alla Dgitm. Il finanziamento per l'attuazione del programma proviene da fondi di cofinanziamento cui contribuiscono, in parte, i concessionari attraverso forme diverse di imposizione, e, in altra parte, le collettività locali per alcune tipologie di opere<sup>408</sup>.

Dal 2010, inoltre, è possibile verificare lo stato di attuazione delle obbligazioni contrattuali con particolare riferimento agli indicatori inseriti nei *contrat de plan*, nelle relazioni annuali della Dit, rielaborate sulla base dei documenti di rendiconto di bilancio annualmente inviate dai concessionari<sup>409</sup>. Più difficile il recepimento degli indicatori rispetto ai contratti accessori alle concessioni cd. storiche.

Inoltre, dalla stessa data lo Stato ha siglato con D'asf, Escota, Cofiroute, Sanef e Sapn il cd. *paquet vert autoroutière*<sup>410</sup>: si tratta di un programma di compatibilità ambientale delle infrastrutture con il quale lo Stato ha negoziato ulteriori opere sulla rete con particolare riferimento allo sviluppo della sostenibilità ambientale delle infrastrutture a fronte dell'estensione del periodo della concessione. La base legale muove dall'art. 25, Loi n° 2009-179 du 17 février 2009, cui hanno fatto seguito ulteriori interventi<sup>411</sup>. Il *plan de relance*, nonché il prolungamento delle concessioni indicato nei piani per la realizzazione degli interventi ambientali, è stato considerato compatibile con la normativa in materia di aiuto di Stato<sup>412</sup>.

---

*incitera les entreprises du secteur des transports à améliorer leur performance environnementale et encouragera le renouvellement des matériels de transport et les projets innovants de transports favorisant la réduction des émissions de gaz à effet de serre».*

<sup>407</sup> In questi termini: «*L'Etat accordera, en matière d'infrastructures, une priorité aux investissements ferroviaires, fluviaux et portuaires, tout en tenant compte des enjeux liés au développement économique et à l'aménagement et à la compétitivité des territoires. Il soutiendra le développement des trafics massifiés de fret ferroviaire et fluvial, du transport combiné ferroviaire, fluvial et maritime, des autoroutes ferroviaires et des autoroutes de la mer».*

<sup>408</sup> Nel dettaglio si v. CONSEIL GENERALE DE L'ENVIRONNEMENT ET DU DEVELOPPEMENT DURABLE, *Rapports. Mission d'audit sur le programme 203. Infrastructures et services de transports (IST)*, cit., p. 21, e, sul finanziamento dell'Aftif, si v. *ivi*, p. 105.

<sup>409</sup> Nel proprio rapporto 2012, la Corte dei conti ha rilevato, nel corso del 2010, gradi di *performance* e risultati profondamente differenti a seconda dei concessionari: si veda Cour des Comptes, *op. cit.*, p. 22.

<sup>410</sup> Si v. ASFA, *Les programmes verts des sociétés d'autoroutes 2010-2013. De l'engagement à la réalisation*, Parigi, 2013.

<sup>411</sup> Si v. ad esempio, quanto siglato con Décret n° 2010-328 du 22 mars 2010 a approuvé les avenants aux contrats de concessions des sociétés Asf, Escota, Cofiroute, Sanef et Sapn. Per un'analisi e un giudizio sullo stato di avanzamento dei cd. *Paquet vert*, Cour des Comptes, *op. cit.*, p. 38.

<sup>412</sup> COMMISSION EUROPEENNE, Bruxelles, 17.08.2009, C(2009)6506 final, *Objet: Aide d'État n N 362/2009 – France Allongement de la durée des concessions accordées par l'État français aux sociétés concessionnaires d'autoroutes - Plan de relance de l'économie – volet autoroutier*.

## 8. Il finanziamento

Il sistema concessorio è di per sé il meccanismo di finanziamento della costruzione e della gestione delle autostrade francesi.

Una parte ben minore di gestione delle infrastrutture è attribuita a contratti di partenariato pubblico-privato: si tratta di circa 2.300 km di autostrada su un totale di circa 11.100 km<sup>413</sup>.

La scelta del sistema concessorio ruota attorno al presupposto della possibilità di recupero dell'investimento effettuato da parte del concessionario attraverso la riscossione del pedaggio. Tale risultato, tuttavia, è più tendenziale che reale.

Ad oggi, i concessionari spendono annualmente 1,7 miliardi di euro, che vanno a formare un debito complessivo di 31 miliardi di euro. I costi sono ripartiti per il 33% nella costruzione delle autostrade, per il 31 % in tasse e imposte; per il 2% in grandi riparazione; per il 20% in costi di gestione e per il 14% nella costruzione di nuove autostrade<sup>414</sup>.

Dal momento che l'alternativa sotto il profilo del maggiore finanziamento, è sempre costituita dall'innalzamento delle tariffe del pedaggio, sono diversi i meccanismi cui si ricorre per garantire l'equilibrio finanziario dei concessionari.

Storicamente, nel momento di maggior difficoltà delle concessionarie, *Autoroutes de France*, ente pubblico dotato di autonomia finanziaria, ha svolto la sua funzione principale nell'assicurare una perequazione delle situazioni finanziarie dei concessionari francesi (art. R 122-16/ R 122-26 del *Code de la voirie routière*).

<sup>413</sup> Il primo contratto di *partnership* pubblico-privata è stato concluso nel 2010 ed attribuito per realizzare dal Conseil général des Hautes-Pyrénées ad un raggruppamento di imprese costituito da Malet (Groupe Spie Batignolles) - CDC INFRASTRUCTURE (Groupe Caisse des Dépôts) - NGE - DEMATHIEU & Bard, per la realizzazione di un'opera infrastrutturale gratuita per gli utenti e a carico dell'ente territoriale: per i dettagli dell'operazione, si v. CAISSE DES DÉPÔTS, *Premier PPP Routier en France: Le contournement de Tarbes est attribué au groupement Malet, NGE, Demathieu & Bard et CDC Infrastructure. Communiqué de presse*, luglio 2010, su [www.caissedesdepots.fr/fileadmin/Communiqu%C3%A9s%20de%20presse/Tarbes.pdf](http://www.caissedesdepots.fr/fileadmin/Communiqu%C3%A9s%20de%20presse/Tarbes.pdf). Sul partenariato pubblico-privato in Francia, si v. F. MARTY, S. TROSA, A. Voisin, *Les partenariats public-privé*, Repères n. 441, 2006. Per un primo bilancio sull'esperienza francese di PPP, si v. S. SAUSSIER, P. TRA TRAN, *L'efficacité des contrats de partenariat en France: Une première évaluation quantitative*, Chaire Economie des Partenariats Public-Privé, Institut d'Administration des Entreprises, Parigi, Novembre 2012. In tema, con specifico riferimento alle infrastrutture stradali, si v. L. ATHIAS, S. SAUSSIER, *Un partenariat public -privé rigide ou flexible ? Théorie et applications aux concessions routieres*, in *Revue Economique*, 58 (3), 2007, p. 56 ss.

<sup>414</sup> Si v. ASFA, *Chiffres clés 2013, 2014*, p. 17.

Gli strumenti di cui l'ente si è avvalso sono *des apports en fonds propres* sotto forma di *prises de participations et d'avances d'actionnaires* (art. R. 122-17). Le risorse dell'ente sono state costituite dai proventi sui prestiti, dai ricavi sulle anticipazioni e dai contributi versati dai concessionari. Con l'art. 63, loi n. 2008-1425 du 27 décembre 2008 *de finances pour 2009* «[l']établissement public Autoroutes de France est dissous le 1er janvier 2009».

Nel quadro attuale, si ricorre ad almeno due differenti meccanismi, per quanto riguarda le concessioni.

Per un verso, nelle nuove concessioni, si prevede un concorso pubblico nel finanziamento dell'opera, che rientra, peraltro, tra gli elementi di valutazione ai fini dell'aggiudicazione.

Per l'altro è istituita la *Caisse nationale des autoroutes* (d'ora in avanti Cna) della quale si è scritto nei paragrafi precedenti e alla quale è attribuito il compito di erogare prestiti alle società concessionarie.

La Cna è un ente pubblico, ha un proprio bilancio, agisce anche sulla base di un accordo pluriennale di prestito con la Banca europea degli investimenti (Bei), per le porzioni di autostrada di interesse comunitario, nonché sulla base di prestiti della *Caisse des dépôts*.

La Cna emette prestiti obbligazionari non garantiti dallo Stato sul mercato nazionale francese e internazionale.

Annualmente l'ente presenta un piano dei prestiti redatto in concertazione con i concessionari<sup>415</sup>.

I concessionari che si avvalgono delle risorse finanziarie del Cna sono: Autoroutes Paris-Rhin-Rhône (APRR); Autoroutes Rhône-Alpes (AREA); Autoroutes du Sud de la France (ASF); Autoroutes et Tunnel du Mont-Blanc (ATMB); Autoroutes Estérel, Côte-d'Azur, Provence, Alpes (ESCOTA); Société des autoroutes du nord et de l'est de la France (Sanef); Société des Autoroutes Paris-Normandie (SAPN); la Société Française du Tunnel Routier du Fréjus (SFTRF).

---

<sup>415</sup> Si v. CNA, *Rapport annuel 2013, 2014*, p. 9.

## 9. Le forme di tutela, il sistema delle garanzie, la gestione delle conflittualità

Nell'ordinamento giuridico francese il giudice amministrativo è competente a conoscere delle controversie relative a pubblici servizi, lavori pubblici e contratti amministrativi.

Pertanto, le controversie derivanti dalla concessione – che è a tutti gli effetti un contratto amministrativo, anche quando sia conclusa con soggetti di natura giuridica privata – sono affidate al giudice amministrativo. I lavori eseguiti dai concessionari sono inoltre lavori pubblici: il fatto che essi siano svolti nell'interesse generale e per conto di una collettività, contribuisce a definirli pubblici indipendentemente dalla natura del soggetto cui materialmente sono affidati<sup>416</sup>.

Le controversie più rilevanti in materia hanno proprio riguardato la giurisdizione.

Per la natura pubblica delle opere, del bene su cui accedono, del contratto attraverso il quale sono realizzate, i conflitti attinenti alla materia autostradale sono rimessi al giudice amministrativo, secondo quanto affermato inizialmente già negli anni Sessanta del secolo scorso dal *Tribunal des conflits* e ribadito di recente dal Consiglio di Stato, con una pronuncia nella quale il giudice rileva ancora una volta «*que la construction des autoroutes et des routes nationales a le caractère de travaux publics et appartient par nature à l'Etat; que, par suite, les marchés passés par le maître de l'ouvrage pour cette exécution sont soumis aux règles du droit public; qu'il doit en être de même pour les marchés conclus aux mêmes fins par le concessionnaire, agissant en pareil cas pour le compte de l'Etat et comme maître de l'ouvrage, quel que soit le statut de ce concessionnaire; que le contentieux survenu à propos d'un tel contrat ressortit dès lors à la compétence de la juridiction administrative*».

In un caso di scuola, il tribunale dei conflitti ha ritenuto sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo anche per il contratto concluso tra il concessionario e un altro soggetto privato per la ostruzione di tratti di autostrada, in considerazione del fatto che [l]a *construction de routes nationales ou d'autoroutes a le caractère de travaux publics et appartient par nature à l'État; les contrats passés en vue de cette construction sont soumis aux règles du droit public*<sup>417</sup>.

<sup>416</sup> Per una ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale in materia, M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DEVOLVÉ, B. GENEVOIS, *op. cit.*, p. 491 ss.

<sup>417</sup> In argomento, TRIBUNAL DES CONFLITS 8 luglio 1963, 01804 société Entreprise Peyrot, e, sulla cd. *jurisprudence Peyrot*, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, Lgdj, Parigi, 2008, p. 110.



La pronuncia ha invertito completamente il ragionamento precedentemente svolto dal Consiglio di Stato in un altro caso, ove si era data prevalenza alla natura mista del soggetto per declinare la giurisdizione amministrativa<sup>418</sup>.

Controversie di minore rilievo hanno riguardato, nel tempo, aspetti di dettaglio relativi alla procedura di progettazione, localizzazione e realizzazione dell'infrastruttura, dei quali si dà rapidamente conto a titolo esemplificativo. Nel 2011, ad esempio, il Consiglio di Stato si è pronunciato con riferimento ad opere costruite a margine dell'autostrada, includendole nelle infrastrutture autostradali, quanto al loro regime, e dunque alla giurisdizione del giudice amministrativo: «*ces logements, destinés aux seuls personnels affectés à l'entretien de l'autoroute afin de leur permettre d'intervenir dans les délais les plus brefs, notamment en urgence, et d'assurer la continuité du fonctionnement de l'ouvrage, construits aux abords immédiats de l'autoroute, présentent un lien direct avec le fonctionnement de l'ouvrage autoroutier* »<sup>419</sup>. Il controllo da parte del giudice amministrativo si è incentrato anche sulla dichiarazione di pubblica utilità di un'opera autostradale, rispetto ad interessi pubblici e privati contrastanti<sup>420</sup>. In sede di giudizio in merito all'utilità pubblica dell'opera, il giudice amministrativo, si è spinto inoltre alla valutazione al controllo sulla localizzazione dell'opera<sup>421</sup>.

Nella gestione del rapporto concessorio, l'amministrazione concedente dispone delle prerogative esorbitanti tipiche dei contratti amministrativi: tra queste si annovera certamente la modificazione unilaterale (cd. *resiliation*).

Dalla ricostruzione svolta, la modifica del rapporto ovvero la sua cessazione anticipata, così come la conseguente tutela dell'affidamento del privato non sembrano poter essere considerati come profili problematici soprattutto se le circostanze indicate sono esaminate dal punto di vista del concessionario. Non sono, infatti, emersi particolari casi di cessazione anticipata ovvero di significative modifiche del rapporto contrattuale.

Si segnala, però, una decisione della Corte d'appello relativamente alla legittimità di un intervento pubblico sulle tariffe di pedaggio (*fait de prince*). In quell'occasione, il giudice non ha ritenuto che la determinazione del pedaggio potesse essere considerata parte significativa del contratto di concessione,

<sup>418</sup> CONSEIL D'ÉTAT, 20 décembre 1961, Société de l'Autoroute Esterel- Côte d'Azur.

<sup>419</sup> Si v. CONSEIL D'ÉTAT, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 23/12/2011, 340348.

<sup>420</sup> Si v. VILLE NUOVELLE EST; SAINTE MARIE DE L'ASSOMPTION, citati e discussi in M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DEVOLVE, B. GENEVOIS, *op. cit.*, p. 612-613.

<sup>421</sup> Si v. CONSEIL D'ÉTAT 28 mars 1997, *Fédération des comités de défense contre le trace de l'autoroute A 28*.

decidendo di non riconoscere alla società Cofiroute il pregiudizio finanziario subito<sup>422</sup>.

Nella maggior parte dei casi, come si è visto dall'analisi svolta finora, più che forme di cessazione anticipata del rapporto, sono state adottate decisioni di rinnovo, ovvero di modifica temporale mirata all'estensione, più che alla riduzione della durata della singola concessione.

Nei casi in cui sorga una controversia, è bene rammentare che la giustizia francese è lenta: una procedura di fronte al giudice amministrativo normalmente dura dai sette mesi ai due anni e mezzo<sup>423</sup>.

## 10. I problemi aperti

In relazione a quanto scritto sinora, occorre dare conto di una serie di sfide che si oppongono all'attuale regime concessorio francese.

La prima deriva dal legislatore sovranazionale. Le seconde sono interne allo stesso ordinamento e derivano, per un verso, dalle relazioni periodiche della Corte dei Conti, e, per l'altro, dall'ultimo intervento dell'Autorità nazionale a tutela della concorrenza. L'ultima è rappresentata dalla reazione del governo nazionale rispetto agli impulsi appena citati.

In primo luogo, come si è anticipato in più occasioni nel corso di questo lavoro, l'approvazione della direttiva 2014/23/UE richiederà la verifica dei

---

<sup>422</sup> Si v. al riguardo, CAA de Paris, 23 juillet 1991, Société COFIROUTE: «*Considérant que la société COFIROUTE soutient que l'arrêté du 7 mars 1975 et les mesures prises pour son application constitueraient un fait du prince de nature à engager à son égard la responsabilité de l'Etat; Considérant que l'arrêté du 7 mars 1975, qui fixe de manière générale les modalités d'application du contrôle des prix aux péages d'autoroutes, notamment par l'obligation pour les sociétés concessionnaires de déposer leurs barèmes un mois à l'avance et la faculté pour le ministre de l'économie et des finances de s'opposer à l'application desdits barèmes après un examen portant notamment sur les problèmes posés par le financement des autoroutes, n'a pas porté atteinte à l'objet même du contrat; que contrairement à ce qu'allègue la requérante, l'objet de la concession n'était pas la liberté tarifaire, mais la construction et l'exploitation d'autoroutes; que l'ordonnance du 30 juin 1945 concerne les prix de tous les produits et services, à l'exception de ceux qui sont expressément placés hors de son champ d'application par une disposition de l'ordonnance elle-même ou par une disposition législative postérieure; qu'en l'absence de toute disposition législative exceptant de cette législation les péages d'autoroutes, et compte tenu de la nature de ces péages, l'application de mesures de contrôle des prix à ces péages était envisageable à la date de signature du contrat de concession*».

<sup>423</sup> Si v., al riguardo, CONSEIL D'ETAT al seguente link, <http://www.conseil-etat.fr/fr/quelle-est-la-duree-de-la-procedure-1/>, mentre alcun riferimento alla giustizia amministrativa è riportato in MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Les chiffres clés de la Justice 2013*, Parigi, 2013.

principali profili che si sono discussi, con particolare riferimento alle regole in materia di scelta del concessionario, di durata e di proroga delle concessioni.

Una serie di criticità sono sollevate, poi, prevalentemente nei rapporti periodicamente pubblicati a cura della Corte dei Conti.

Le relazioni annuali della Corte dei conti forniscono certamente una rappresentazione continua dell'evoluzione del settore nel corso degli anni, del quale evidenziano i principali aspetti problematici.

Nell'ultimo rapporto emerge un quadro che delinea un risultato nel quale il dato di maggiore rilievo è costituito dall'efficacia dei controlli, dalla effettività delle misure sanzionatorie, nonché dalle lacune del dettato normativo.

Ad esempio, quanto alle condizioni contrattuali, per un verso, si segnala il problema della sanzionabilità effettiva delle inadempienze contrattuali<sup>424</sup>, per l'altro, si evidenzia la debolezza dell'amministrazione concedente ad utilizzare gli strumenti contrattuali a propria disposizione (cd. *mise en demeure* e penalizzazione) né in sede di esecuzione del contratto, né in fase della negoziazione contrattuale.

Se sembra essere differente la situazione relativamente ai controlli sulle tariffe, che appaiono più severi e meglio documentati, tuttavia, nel periodo di osservazione che val dal 2000 al 2012, la Corte dei conti ha riscontrato in diversi casi aumenti tariffari superiori rispetto ai limiti fissati<sup>425</sup>. Quello dell'aumento delle tariffe sembra essere un problema centrale, riscontrato negli ultimi anni sia per quanto riguarda le concessioni storiche, sia per le nuove concessioni e dunque verificato sia come conseguenza di quanto stabilito nei *cahier de peage* accessori alla concessione ai sensi del decreto del 1995, sia conseguentemente alla stipula del *contrat de plan*.

La Corte dei conti imputa il risultato al quadro normativo la cui strutturazione non riuscirebbe allo stato attuale ad offrire protezione sufficiente per il concedente e gli utilizzatori nell'ottica di un controllo sostanziale dell'aumento delle tariffe. A seguito delle raccomandazioni della Corte dei conti, l'aumento delle tariffe nei tratti autostradali maggiormente frequentati (cd. "*foisonnement*") è cessato dal 2008 in poi<sup>426</sup>.

Al riguardo, la Corte ha anche rilevato che l'insufficienza del quadro regolamentare dipende prevalentemente da una motivazione storica<sup>427</sup>. A margine delle criticità riscontrate nel rapporto, la Corte dei conti ha formulato una serie di

---

<sup>424</sup> In tema, COUR DES COMPTES, *op. cit.*, p. 8.

<sup>425</sup> Si cfr. COUR DES COMPTES, *op. cit.*, p. 9.

<sup>426</sup> Su cui si v. COUR DES COMPTES, *op. cit.*, p. 9.

<sup>427</sup> Si v. COUR DES COMPTES, *op. cit.*, p. 82.

raccomandazioni, riportate nella tabella di cui alla figura. In particolare, la Corte ha posto particolare evidenza sulle necessità di rivedere le competenze relative alla procedura amministrativa di negoziazione delle concessioni, aumentando le responsabilità interministeriali; rafforzare i vincoli contrattuali e il loro rispetto, con particolare riferimento alle tariffe, rivedendo anche il decreto adottato nel 1995; formalizzare e ordinare il sistema di compensazioni, nonché la metodologia dei controlli.

Figura 4. *Le (ultime) raccomandazioni della Corte dei conti*

1. définir et formaliser, pour les contrats de plan et les autres avenants aux contrats de concession, une procédure interministérielle de conduite des négociations et de décision comportant notamment un mandat de négociation interministériel, un suivi interministériel régulier de l'avancée des négociations et obtenir à la fin de ces dernières l'approbation formelle par le Premier ministre des contrats négociés et des hypothèses sur lesquelles ils s'appuient;
2. mettre en oeuvre les dispositions contraignantes prévues par les cahiers des charges en cas de non-respect par les concessionnaires de leurs obligations contractuelles, en particulier de celles relatives à la préservation du patrimoine ou de transmission de données. Au besoin, subordonner l'ouverture des négociations relatives au contrat de plan au respect de ces obligations;
3. réaliser systématiquement une contre-expertise, formalisée et documentée, de tous les coûts prévisionnels des investissements ainsi que le bilan des contrats de plan précédents (bilan financier de l'article 7-5 et des surcoûts éventuels), les surcoûts d'exploitation et les coûts de renouvellement;
4. revoir le Décret de 1995 afin de définir un plafond d'évolution des hausses de tarifs, qui s'appliquerait également aux contrats de plan;
5. élaborer une doctrine sur le champ des opérations compensables, définir avec plus de précision le bon état du patrimoine, et préciser les attentes du concédant relatives aux biens de retour et aux biens de reprise;
6. inclure toutes les opérations compensées dans le champ de l'article 7-5 (ou 7-4) et les documenter dans des fiches descriptives détaillées et précises annexées aux contrats de plan;
7. formaliser la méthodologie des contrôles relatifs au patrimoine et accroître la fréquence des contrôles, notamment pour vérifier l'état des chaussées, des ouvrages en terre et aménagements « environnementaux »;
8. réaliser une analyse ex post des modèles financiers des contrats de plan et du Paquet vert et obtenir des concessionnaires le montant des coûts réalisés des investissements prévus aux contrats de plan et dans le Paquet vert

Fonte: COUR DES COMPTES, *Les relations entre l'État et les sociétés concessionnaires d'autoroutes*, Paris, Juillet 2013

Accanto alle problematiche regolatorie sollevate a più riprese dalla Corte dei conti, e, in alcuni casi superate, come è accaduto per il cd. *foisonnement*, si devono segnalare quelle economiche relative alla redditività del pedaggio, nell'economia

finanziaria del concessionario<sup>428</sup> e alle conseguenti necessità di forme di finanziamento, di incentivo o di sovvenzione da parte dell'amministrazione concedente.

Agli interventi periodici della Corte dei Conti si affianca, da ultimo, la denuncia proveniente dall'*Autorité de la concurrence*<sup>429</sup>.

La principale constatazione del rapporto pubblicato il 18 settembre 2014 su richiesta della Commissione Finanze, riguarda l'eccezionale redditività dei concessionari, che è assimilabile, secondo l'Autorità, ad una rendita che potrebbe invece, ben essere dirottata anche a vantaggio dello Stato e degli utenti<sup>430</sup>.

Coerentemente con tale premessa, l'antritrust francese formula tredici raccomandazioni, che si riportano di seguito nella Figura n. 5.

Nel dettaglio, si individuano alcune possibili aree di intervento, in relazione alle quali si avanzano diverse proposte di modifica. Particolare rilievo assumono, ad esempio, la quantificazione dei pedaggi, la durata delle concessioni, nonché la previsione di un'autorità di regolazione nel settore dei trasporti.

Figura 5. Le raccomandazioni dell'*Autorité de la concurrence*

Axes d'amélioration	Recommandations
<p><b>Modifier les modalités de tarification des péages dans un sens favorable aux usagers</b></p>	<p>Recommandation n° 1 : Saisir pour avis le Conseil d'État sur la possibilité de modifier la formule actuelle d'indexation des tarifs des péages sur l'inflation en lui substituant la formule proposée par l'Autorité ou, à défaut, une autre formule prenant en compte la rentabilité des SCA, l'évolution de leurs coûts et celle du trafic.</p> <p>Recommandation n° 2 : Limiter la loi tarifaire des contrats de plan à la seule compensation des investissements sans aller au-delà de l'augmentation réglementaire.</p>

<sup>428</sup> Sul punto si v., nel dettaglio, C. Abraham, *op. cit.*, p. 167 ss.

<sup>429</sup> Si v., al riguardo, AUTORITE DE LA CONCURRENCE, *Avis n° 14-A-13 du 17 septembre 2014 sur le secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires*.

<sup>430</sup> In argomento, si v. AUTORITE DE LA CONCURRENCE, *Communiqué 18 septembre 2014: Autoroutes: l'Autorité de la concurrence, saisie par la commission des Finances de l'Assemblée nationale, rend public son avis*, pubblicato sul sito web dell'Autorità: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/>

**Renforcer la régulation des concessions autoroutières**

Recommandation n° 3: Créer une autorité indépendante de régulation des transports terrestres ayant également compétence sur les autoroutes concédées, dotée d'un pouvoir d'avis et disposant d'un large pouvoir de communication et de sanction.

Recommandation n° 4: Appliquer l'article 7.5 (ou 7.4) du cahier des charges à l'ensemble des investissements faisant l'objet d'une compensation Cet article 7.5 (ou 7.4) institue un mécanisme de récupération par l'État de l'avantage en trésorerie dont bénéficient les SCA en cas de retard dans la réalisation des travaux prévus par les contrats de plan. Il n'est aujourd'hui appliqué qu'à un nombre limité d'investissements.

Recommandation n° 5 : Inclure dans les contrats de concession des SCA une obligation de réinvestissement partiel des bénéfices dans la concession ainsi qu'une clause de partage de ceux-ci

**Améliorer les conditions de la concurrence dans les appels d'offres des sociétés concessionnaires d'autoroutes**

Recommandation n° 6 : Abaisser à 500 000 euros HT le seuil de mise en concurrence pour les marchés de travaux des SCA et leur appliquer une procédure adaptée

Recommandation n° 7 : Imposer aux SCA, pour leurs marchés de travaux soumis à publicité et mise en concurrence, une obligation de pré-information par la publication d'un avis au moins six mois avant le lancement de l'appel d'offres ainsi que la publication des investissements prévus par les contrats de plan.

Recommandation n° 8 : Privilégier l'appel d'offres ouvert pour les marchés de travaux techniquement simples

Recommandation n° 9 : Modifier le cahier des charges de COFIROUTE afin de lui appliquer les mêmes obligations de publicité et de mise en concurrence que celles des autres SCA et modifier par coordination le décret du 26 janvier 2004 afin que COFIROUTE relève explicitement du contrôle de la Commission nationale des marchés

Recommandation n° 10 : Instituer, au sein des groupes Vinci et Eiffage, des procédures tendant à prévenir les échanges d'informations entre les

<p><b>Rééquilibrer le plan de relance autoroutier en faveur du concédant et des usagers</b></p>	<p>filiales autoroutières et les filiales de travaux routiers.</p> <p>Recommandation n° 11 : Imposer aux SCA de transmettre à leur CCMC les avenants excédant 5 % du montant initial des marchés que celle-ci a examinés.</p> <p>Recommandation n° 12 : Par dérogation aux règles applicables à l'intérêt à agir, permettre à la Commission nationale des marchés de saisir en référé le juge administratif contre un appel d'offres d'une SCA dont elle estimerait la légalité douteuse.</p> <p>Recommandation n° 13 : Rééquilibrer le Plan de relance autoroutier en faveur du concédant et des consommateurs en introduisant dans le contrat de concession des SCA, en contrepartie de la prolongation de leur concession, une nouvelle formule d'indexation du tarif des péages a</p>
---	---

Fonte: Autorité de la concurrence, *Avis n° 14-A-13 du 17 septembre 2014 sur le secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires*, Annexe, p. 137

Richiamato dalle molteplici sollecitazioni citate, ma anche spinto dalle esigenze di bilancio aggravate dalla crisi economica e finanziaria, lo stesso governo nazionale reagisce, intensificando gli annunci di intervento: le misure proposte dal Ministro dell'ambiente negli ultimi mesi vanno dalla sospensione del pagamento del pedaggio nel fine settimana, alla rinegoziazione dei contratti nel *plan de relance*, alla nazionalizzazione.

Che si tratti di provocazioni, di dichiarazioni programmatiche ovvero di manifestazioni di reali propositi, oltre a comprendere quali siano le intenzioni del governo, si tratterà, sostanzialmente e comunque, nei prossimi mesi, di iniziare a valutare i margini, gli strumenti e gli ambiti effettivi di intervento in questo settore, ormai non solo alla luce dei crescenti vincoli sovranazionali, ma anche delle più recenti opinioni espresse da molte autorità in sede nazionale.

## Executive Summary

Nell'ordinamento giuridico francese, la materia della gestione e dello sviluppo delle infrastrutture autostradali, per un verso, si distingue, per le scelte giuridiche, dall'ordinario governo delle opere pubbliche – solitamente rimesso allo strumento del partenariato pubblico privato ovvero a quello del contratto di lavori pubblici – e, per l'altro, si accosta, invece, al regime dei pubblici servizi.

Com'è avvenuto per Italia dal dopoguerra sino ai giorni nostri, a partire dalla metà degli anni Cinquanta del secolo scorso, lo sviluppo della rete autostradale in Francia è stato affidato in concessione.

L'esperienza delle concessioni prende avvio con la Loi 55435 du 18-04-1955 *portant statut des autoroutes*, a tutt'oggi la principale fonte di regolamentazione del settore.

In questo modo, è realizzata e continua ad essere in gran parte correntemente gestita la rete autostradale: l'istituto concessorio, infatti, rappresenta tuttora il principale meccanismo di finanziamento di opere pubbliche nel settore in esame.

A seguito dell'approvazione della disciplina delle autostrade, i primi brevi tratti autostradali sono attribuiti a cinque società d'economia mista: l'acronimo Semca - correntemente utilizzato in riferimento a tali soggetti - ne esprime il carattere di *sociétés d'économie mixte (cessionnaires d'autoroutes)*. Si tratta di soggetti di forma giuridica privata la cui caratterizzazione sostanziale, inizialmente pubblica (il principale azionario è in un primo momento la Cassa depositi e prestiti francese – *Caisse dépôts et consignations*) subisce alterne vicende di privatizzazione/pubblicizzazione. Ad oggi, dei diciotto concessionari, solo due sono pubblici.

Se la concessione consente la costruzione, lo sfruttamento e la costruzione di un'autostrada ed è normalmente rilasciata per una durata, idonea al recupero dell'investimento, pari generalmente a trentacinque anni, l'equilibrio finanziario del concessionario dipende da svariati fattori.

In particolare, oltre alla durata della concessione acquisisce particolare rilievo l'entità del pedaggio. Per quanto riguarda il primo profilo, nella pratica la durata della concessione è di frequente prolungata, tanto che le concessioni verranno in scadenza tra il 2027 e il 2032 (con una durata media di circa settant'anni per concessione, a fronte dei trentacinque considerati normali per il recupero dell'investimento da parte del concessionario).



Quanto al secondo, la legge approvata nel 1955 – e tuttora il *Code de la voirie routière* - specificano che l'utilizzo delle autostrade è libero e gratuito. Come si è detto, il pagamento di un pedaggio era consentito inizialmente solo come ipotesi di eccezione rispetto al principio di gratuità del *domaine publique*, in caso di concessioni, ove queste fossero rilasciate ad autorità locali, camere di commercio e società semi-pubbliche a partecipazione maggioritaria pubblica, e successivamente come ipotesi ordinaria in caso di concessioni. Il passaggio dalla gratuità dell'utilizzo alla sua onerosità, è avvenuto dunque a seguito della attribuzione in concessione del demanio autostradale e alla qualificazione, conseguente e in qualche modo motivata rispetto al regime di concessione, in termini di prestazione, rispetto al servizio offerto dai soggetti gestori. Un simile risultato è stato possibile in quanto il pagamento diretto da parte dell'utente del pedaggio è stato considerato come la remunerazione per il servizio reso per lo sviluppo dell'infrastruttura così come per lo svolgimento di servizi a valore aggiunto.

Il principale fattore di condizionamento degli sviluppi dagli anni 2000 sino ad oggi, è rappresentato dalle pressioni esercitate dall'ordinamento giuridico sovranazionale dell'Ue: le istanze liberalizzatrici e concorrenziali provenienti dall'ordinamento giuridico dell'Unione europea, agiscono dando impulso all'affermazione del mercato nelle procedure di selezione del concessionario, nonché sollevando l'attenzione sul perseguimento di obiettivi di efficienza e sulle esigenze di bilancio.

Per quanto riguarda il primo aspetto, l'esigenza di garantire procedure selettive aperte per la scelta dei concessionari ha costretto a mettere in discussione pratiche diffuse e ampiamente sperimentate nell'ambito dell'ordine giuridico delle concessioni francesi. Fino alla fine degli anni Novanta del secolo scorso, nuove porzioni di infrastrutture autostradali sono state affidate ai concessionari già operanti, come forma di prolungamento e di estensione delle precedenti concessioni (cd. *pratique de l'adossement*). Una pronuncia del Consiglio di Stato nel 1999 ne ha affermato l'illegittimità, soprattutto sotto il profilo delle garanzie concorrenziali e dell'apertura del settore e ne ha rigidamente fissato i limiti, dovendosi poter far rientrare in questa ipotesi solo a titolo eccezionale la realizzazione di una nuova opera. Ciò ha consentito, a partire dal 1999 in poi, l'entrata di otto nuovi concessionari nel settore, attraverso la *mise en concurrence* delle concessioni, che sono ora attribuite attraverso procedura selettiva. Ciononostante, sono ancora diverse le ipotesi di prolungamento del periodo concessorio.

Quanto al secondo, alle pressioni per l'apertura dei mercati provenienti dall'Ue i concessionari hanno risposto con proposte di miglioramento della rete

nell'ambito di progetti globali che possano essere incorporati nel quadro attuale delle rispettive concessioni.

Il rapporto tra i concessionari e lo Stato si muove su un equilibrio che vede nella maggior parte dei casi prevalere i primi. Le relazioni annuali della Corte dei conti forniscono una rappresentazione continua dell'evoluzione del settore nel corso degli anni, del quale evidenziano i principali aspetti problematici. Nell'ultimo rapporto emerge un quadro che delinea un risultato nel quale il dato di maggiore rilievo è costituito dall'efficacia dei controlli, dalla effettività delle misure sanzionatorie, nonché dalle lacune del dettato normativo. Quanto alle condizioni contrattuali, per un verso, si segnala il problema della sanzionabilità effettiva delle inadempienze contrattuali, per l'altro, si evidenzia la debolezza dell'amministrazione concedente ad utilizzare gli strumenti contrattuali a propria disposizione né in sede di esecuzione del contratto, né in fase della negoziazione contrattuale.

Anomalie sono segnalate anche dall'*Antitrust* francese che, nel rapporto sulle autostrade pubblicato nel mese di settembre 2014 denuncia la straordinaria rendita dei concessionari e formula tredici raccomandazioni, rilanciando interventi di riforma.

# CAPITOLO QUARTO

## IL REGNO UNITO

*Chiara Di Seri*

**SOMMARIO:** 1. Le fonti giuridiche. - 2. Il sistema di *governance* politico-amministrativo. - 3. L'individuazione delle opere - 4. Le modalità di affidamento. - 4.1. *Le procedure per l'individuazione della controparte privata*. - 4.2. *Le fonti del finanziamento*. - 5. La regolazione del rapporto. - 6. Le forme di autotutela. - 7. Il sistema delle garanzie. - 8. La risoluzione delle controversie. - *Executive Summary*.

### 1. Le fonti giuridiche

Nell'ordinamento del Regno Unito, l'espressione *public procurement* è una categoria generale che comprende tanto l'acquisizione, da parte di soggetti pubblici, di beni e servizi secondo lo strumento tradizionale del *conventional procurement*, quanto le forme di cooperazione con il settore privato attraverso contratti di *Public-Private Partnership* (PPP)<sup>431</sup>.

A differenza di quanto è avvenuto in Italia<sup>432</sup>, non esiste una definizione a livello legislativo di contratti di partenariato pubblico-privato.

---

<sup>431</sup> Tra i testi più recenti in argomento si segnala l'opera di S. ARROWSMITH, *Public Private Partnership and PFI*, a cura di P. BADCOE, London, Sweet and Maxwell, 2013.

<sup>432</sup> Si v. articolo 3, comma 15-ter, del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (Codice dei contratti pubblici) «*Ai fini del presente codice, i "contratti di partenariato pubblico privato" sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti. Rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Possono rientrare altresì tra le operazioni di partenariato pubblico privato l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-bis del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, alle operazioni di partenariato pubblico privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat*».

Il modello principale è quello della *Private Finance Initiative* (PFI). Nella PFI, il capitale e i costi di un progetto vengono coperti dal finanziamento privato; la parte pubblica in genere non effettua alcun investimento per la costruzione dell'opera, ma corrisponde al partner privato – che ne assume la gestione (*operate*) – un corrispettivo per la durata del contratto, con pagamenti regolari che dipendono dal soddisfacimento di determinati *standard*. Il diritto di gestione spetta per un periodo superiore a 20 anni (di norma 30), in modo da consentire al partner privato di recuperare l'investimento effettuato sull'*asset*.

I caratteri distintivi della PFI rispetto allo strumento del *conventional procurement* per la costruzione e gestione delle infrastrutture sono sintetizzati nella tabella seguente.

<i>Conventional procurement</i>	<i>Private Finance Initiative</i>
<b>Generalmente contratti di progettazione e costruzione di durata ridotta.</b>	Contratti di lunga durata (20-30 anni) che prevedono progettazione, costruzione, finanziamento e manutenzione di un'opera.
<b>I requisiti richiesti tendono ad essere specificati sulla base degli <i>input</i>.</b>	I requisiti richiesti sono specificati sulla base degli <i>output</i> per massimizzare l'innovazione del settore privato.
<b>L'autorità pubblica assume generalmente i rischi dei ritardi nella costruzione e dei costi ulteriori.</b>	È previsto che la parte privata assuma il rischio dei ritardi nella costruzione e dei costi ulteriori, al fine di incentivare la consegna nei tempi e secondo i costi previsti.
<b>L'autorità pubblica paga i costi della costruzione, del mantenimento e dei servizi, al momento in cui si determinano.</b>	Tutti i costi sono inclusi in un corrispettivo "unitario", il quale è fissato per la durata del contratto e non è pagabile fino a che la costruzione non è completa e i servizi siano stati effettuati in conformità allo <i>standard</i> prefissato.
<b>L'autorità pubblica paga i costi fissi (<i>capital costs</i>) all'inizio del progetto con le risorse di bilancio.</b>	I costi fissi ( <i>capital costs</i> ) della costruzione sono finanziati mediante prestiti di investitori privati e i costi sono ammortizzati nel corso della durata del progetto.
<b>Il prestito è finanziato mediante il collocamento di titoli di stato (<i>government gilts</i>), gestiti nel portafoglio governativo.</b>	Il prestito è finanziato dal settore privato secondo la formula "progetto per progetto" ( <i>project by project</i> ).

<p><b>I corrispettivi per la manutenzione e i servizi non sono generalmente legati alla performance.</b></p>	<p>Il pagamento dei corrispettivi "unitari" è legato alla <i>performance</i>. Possono essere effettuate decurtazioni se i servizi non sono forniti secondo i requisiti contrattualmente previsti.</p>
<p><b>Non vi è alcun accordo a lungo termine per la fornitura di servizi di manutenzione dell'opera. Le autorità pubbliche possono modificare i requisiti richiesti e i costi della manutenzione. Solo un piccolo numero di esse mettono in atto piani di manutenzione programmata.</b></p>	<p>L'autorità pubblica sostiene le spese di manutenzione e di sostituzione legate al ciclo di vita dell'opera come parte del corrispettivo "unitario" annuo. Ciò significa che l'opera è oggetto di manutenzione appropriata nel corso del progetto e i costi sono bloccati per tutto il periodo, oltre ad essere diluiti nella durata del contratto.</p>

Fonte: HM Treasury, *A new approach to public private partnerships*, 2012, p. 18.

La struttura contrattuale della PFI varia a seconda delle caratteristiche del progetto infrastrutturale<sup>433</sup>. Il contratto maggiormente utilizzato nel settore autostradale è il *Design, Build, Finance, Operate* (DBFO), in cui la parte privata progetta, costruisce, finanzia e gestisce l'infrastruttura secondo gli obiettivi prefissati dall'autorità pubblica, dalla quale riceve un corrispettivo<sup>434</sup>. Al termine del contratto, la proprietà del bene generalmente viene trasferita all'autorità pubblica (*Build, Operate and Transfer – BOT*)<sup>435</sup>.

<sup>433</sup> Nel documento HM TREASURY, *Infrastructure Procurement: Delivering Long-Term Value*, 2008, si individuano alcuni elementi comuni: 1) il privato (solitamente una società appositamente creata e denominata *Special Purpose Vehicle – SPV*) è impegnato nella costruzione e nella manutenzione di una struttura e/o nella gestione di un servizio a lungo termine (in genere, per 25-30 anni); il progetto comprende una fase di progettazione e costruzione, seguita da una fase operativa; il finanziamento privato copre anticipatamente i costi dei lavori di costruzione; il rischio che si verifichino costi di realizzazione superiori a quelli previsti ricade sul privato e sono previsti meccanismi di decurtazione dei pagamenti ove la *performance* scenda al di sotto dello *standard* richiesto.

<sup>434</sup> Per un inquadramento sistematico del modello nell'ambito delle varie forme di PPP, si rinvia allo studio condotto da G. CERRINA FERONI, *Il partenariato pubblico privato nelle esperienze del Regno Unito e della Germania: alcune indicazioni per le prospettive di sviluppo dell'istituto nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Il partenariato pubblico-privato. Modelli e strumenti*, Atti del Convegno Cesifin, 26 novembre 2010 a cura della stessa Autrice, Torino, 2011, p. 23 e ss., nonché al contributo, *Il partenariato pubblico-privato nelle esperienze del Regno Unito e della Germania: alcune indicazioni per le prospettive di sviluppo dell'istituto nell'ordinamento italiano*, in *Munus*, 2011, 2, p. 317 e ss.

<sup>435</sup> Il BOT non prevede un corrispettivo per il trasferimento. Altre varianti sono: il *Build, Own and Operate* (BOO), nel quale la parte privata conserva la proprietà dell'opera (e, quindi, può gestirla per un periodo illimitato); il *Build, Own, Operate and Transfer* (BOOT), in cui il trasferimento è soggetto ad un corrispettivo; il *Build, Transfer and Operate* (BTO), in cui il partner privato trasferisce immediatamente la proprietà dell'opera all'autorità pubblica, la quale – a sua volta – la mette a disposizione del privato per la gestione. Si cfr. al riguardo S. DAVIES, P. FAIRBROTHER, *Private Finance Initiative (PFI) and Public Private Partnerships (PPPs): Definitions and Sources*, Cardiff University, Working Paper Series Paper 39, 2003, pp. 5-6.

A partire dal 2003, il Governo inglese ha iniziato a promuovere una serie di iniziative finalizzate a migliorare il modello PFI alla luce di alcuni elementi di criticità riscontrati nella pratica<sup>436</sup>.

La *review* sulla PFI è culminata nel 2012, con l'adozione di un nuovo modello contrattuale: *Private Finance 2* (PF2). Nel documento *A new approach to public private partnerships*, l'HM Treasury dà conto degli esiti dell'analisi di alcuni progetti assegnati con PFI e indica gli ambiti degli interventi migliorativi che hanno condotto all'elaborazione del PF2<sup>437</sup>.

Diversamente dalla PFI, lo strumento della concessione è un modello residuale di PPP. Con il *Concession Agreement*, la parte pubblica concede diritti esclusivi per la costruzione, gestione e manutenzione di un determinato bene per un lungo periodo di tempo. Il contratto consente inoltre al partner privato di recuperare il capitale investito, esigendo – secondo lo schema classico – il pagamento direttamente dagli utenti<sup>438</sup>.

Con riferimento alle concessioni autostradali, vi sono alcune norme di settore dettate dal *New Road and Street Works Act* del 1991.

La Section 1 definisce così il *Concession Agreement*: un accordo con un'autorità pubblica – “*highway authority*” (v. *infra* par. 2) – in forza del quale la controparte, il concessionario, come corrispettivo per l'assunzione di obbligazioni specificate nell'accordo stesso con riferimento alla progettazione, costruzione, manutenzione, gestione o miglioramento di un'autostrada – classificata “*special road*” –, è investita del diritto, conferito o da conferire mediante *toll order*, di applicare tariffe per l'uso della stessa («*an agreement entered into by a highway*

---

<sup>436</sup> Si v. no in particolare i documenti del HM TREASURY, *PFI: Meeting the Investment Challenge*, 2003, *PFI: Strengthening Long-Term Partnerships*, 2006, *Infrastructure Procurement: Delivering Long-Term Value*, 2008, *Infrastructure cost review: main report*, 2010, *Making savings in operational PFI contracts*, 2011, i report critici del COMMITTEE OF PUBLIC ACCOUNTS della HOUSE OF COMMONS e del NATIONAL AUDIT OFFICE, *Making Changes in Operational PFI Projects*, 2008, del NATIONAL AUDIT OFFICE, *Performance of PFI Construction e Private Finance Projects*, 2009, del SELECT COMMITTEE ON ECONOMIC AFFAIRS DELLA HOUSE OF LORDS, *Private Finance Projects and Off Balance Sheet Debt*, 2010, nonché, infine, del COMMITTEE OF PUBLIC ACCOUNTS della HOUSE OF COMMONS e del NATIONAL AUDIT OFFICE *Lessons from PFI and other Projects*, 2011 e del TREASURY COMMITTEE, *The Private Finance Initiative*, 2011. Si cfr. no inoltre i risultati dello studio condotto da DELOITTE, *Building Flexibility: New Delivery Models for Public Infrastructure Projects*, 2006.

<sup>437</sup> Si v. p. 13 del documento.

<sup>438</sup> Si v. il documento HM TREASURY, *Infrastructure Procurement: Delivering Long-Term Value*, 2008, p. 20, nel quale sono così riepilogate le caratteristiche tipiche di tali contratti: «*concession projects can be financially free-standing (though a public sector subsidy may sometimes be involved), with the private sector undertaking the project on the basis that costs will be recovered through charges for services to the end user*»; «*public sector involvement is generally limited to enabling the project to go ahead, for example, by undertaking some of the initial planning, defining the terms and awarding the concession, regulating charges, providing ancillary works, or assisting with statutory procedures*»; «*the private entity has to operate to certain performance requirements set by the Government*»; «*demand risk is fully or partly transferred to the private sector*».

*authority under which a person (the “concessionaire”), in return for undertaking such obligations as may be specified in the agreement with respect to the design, construction, maintenance, operation or improvement of a special road, is appointed to enjoy the right (conferred or to be conferred by a toll order under this Part) to charge tolls in respect of the use of the road»*). Le Section 6-17 contengono la disciplina dei *toll orders* (poteri del Secretary of State, durata temporale, necessaria specificazione dell’ammontare massimo, modifica e revoca, estensione, *enforcement* della riscossione). Il procedimento di adozione degli *orders* è contenuto nella Schedule 2, cui si aggiungono le disposizioni in tema di pubblicità dettate dalle *Concession Statement (Prescribed Information) Regulations* del 1993<sup>439</sup>. La Section 18 prevede infine una relazione annuale al Parlamento sugli *agreements* e gli *orders* adottati.

A prescindere dal modello di PPP utilizzato, l’autonomia contrattuale trova una serie di vincoli a livello legislativo.

Un primo vincolo si determina nella fase a monte dell’individuazione dell’opera e riguarda la necessità di ottenere l’autorizzazione per la realizzazione del progetto.

Poiché nel settore autostradale la costruzione, il miglioramento e la modifica di una tratta rientrano tra i progetti di rilevanza nazionale, occorre tener presente che nel Regno Unito la materia dei *Nationally Significant Infrastructure Projects* (NSIP’s) è oggetto di *primary legislation* (Acts) e di *secondary legislation* (Rules, Regulations e Commencement Orders)<sup>440</sup>.

Nell’ambito della *primary legislation*, la normativa di riferimento è stata oggetto di una recente riforma, con l’adozione – nel novembre del 2008 – del *Planning Act*. Stante la complessità delle procedure ed il carattere frammentario della legislazione di settore (contenuta in testi separati riferiti a diversi tipi di infrastruttura), il Governo è intervenuto a promuovere l’introduzione di una disciplina generale, la quale prevede un regime autorizzatorio unitario semplificato, volto a superare difficoltà e lentezze sperimentate in applicazione del sistema previgente<sup>441</sup>.

<sup>439</sup> Il profilo della pubblicità dell’*Agreement* è stato oggetto del contenzioso promosso nei confronti degli *orders* adottati per la costruzione della M6-Toll Road (si v. *infra*).

<sup>440</sup> La disciplina dettata per i NSIP’s trova applicazione in Inghilterra nel settore dell’energia, dei trasporti, dei rifiuti e idrico; nelle regioni interessate dal processo autonomistico, si applica negli ambiti non compresi nelle competenze devolute. In particolare, in Galles vi rientra il settore dell’energia e dei porti, mentre in Scozia, il Governo locale ha predisposto nel 2008 un autonomo e completo piano di investimenti per le infrastrutture regionali (*The Scottish Government, Infrastructure Investment Plan*).

<sup>441</sup> I principali obiettivi della riforma laburista sono stati delineati nel *White Paper: Planning for a Sustainable Future*, pubblicato dall’HM TREASURY nel 2007, sulla base dell’analisi – condotta sotto la supervisione di Kate Barker – della *Review of Land Use Planning* e delle conclusioni di un’altra indagine

Fino al 2008, per la realizzazione di un progetto erano necessarie più autorizzazioni in conformità a singole leggi speciali. Il procedimento prevedeva l'effettuazione di *public inquiries*<sup>442</sup>, con lo strumento tradizionale della *cross examination* in sede di audizione orale, sicché – nei casi più complessi – potevano trascorrere anni prima della conclusione dei procedimenti autorizzatori.

Con il *Planning Act*, le stazioni appaltanti sono tenute a presentare una richiesta (*application*) per l'acquisizione di un'autorizzazione generale (*development consent order*), la quale fa venir meno la necessità di richiedere le autorizzazioni previste dalle singole leggi speciali. La decisione deve essere adottata entro nove mesi dall'*acceptance* dell'*application*.

Con riferimento al settore autostradale, la Section 22 (*Highways*) del *Planning Act* individua così i piani di sviluppo autostradale – gli “*highway-related development*” – rientranti nel novero dei progetti NSIP's:

«(1) *Highway-related development is within section 14(1)(h)*<sup>443</sup> *only if the development is—*

- (a) *construction of a highway in a case within subsection (2),*
- (b) *improvement of a highway in a case within subsection (3), or*
- (c) *alteration of a highway in a case within subsection (4).*

---

(*The Eddington Transport Study*) dedicata più specificatamente al sistema dei trasporti. Dopo aver messo in luce le ripercussioni negative, in termini di costi e di incertezza, dai ritardi nella realizzazione di opere infrastrutturali (come quelle sperimentate durante i lavori di ampliamento dell'aeroporto di Heathrow), nella *Review* si raccomandava la chiara formulazione di una politica delle infrastrutture ad opera del Governo e l'istituzione di un soggetto indipendente per verificare la congruenza delle singole iniziative con il quadro strategico. Nella seconda indagine si evidenziavano la carenza di un quadro strategico a lungo termine per lo sviluppo del settore (conciliando sostenibilità socio-ambientale e produttività economica) e la necessità di porvi rimedio attraverso un piano di interventi infrastrutturali.

Per ulteriori informazioni sull'*iter* di riforma, si v. T. MARSHALL, *Reforming the process for infrastructure planning in the UK/England 1990–2010*, in *The Town Planning Review*, 2011, 4, p. 82 e ss., nonché il report di AA. VV., *UK Planning Act 2008 – A New Regime for National Infrastructure Projects*, in *European Public Private Partnership Law Review*, 2009, p. 211 e ss.

<sup>442</sup> Su cui si v. le *Transport and Works (Inquiries Procedure) Rules 2004* e le *Town and Country Planning (Major Infrastructure Project Inquiries Procedure - England) Rules 2005*.

<sup>443</sup> La Section 14.1 elenca le tipologie di progetti infrastrutturali che sono considerate di rilevante interesse nazionale:

« (1) *In this Act “nationally significant infrastructure project” means a project which consists of any of the following— (a) the construction or extension of a generating station; (b) the installation of an electric line above ground; (c) development relating to underground gas storage facilities; (d) the construction or alteration of an LNG facility; (e) the construction or alteration of a gas reception facility; (f) the construction of a pipe-line by a gas transporter; (g) the construction of a pipe-line other than by a gas transporter; **(h) highway-related development**; (i) airport-related development; (j) the construction or alteration of harbour facilities; (k) the construction or alteration of a railway; (l) the construction or alteration of a rail freight interchange; (m) the construction or alteration of a dam or reservoir; (n) development relating to the transfer of water resources; (o) the construction or alteration of a waste water treatment plant; (p) the construction or alteration of a hazardous waste facility. ».*



(2) *Construction of a highway is within this subsection only if the highway will (when constructed) be wholly in England and—*

(a) *the Secretary of State will be the highway authority for the highway, or*

(b) *the highway is to be constructed for a purpose connected with a highway for which the Secretary of State is (or will be) the highway authority.*

(3) *Improvement of a highway is within this subsection only if—*

(a) *the highway is wholly in England,*

(b) *the Secretary of State is the highway authority for the highway, and*

(c) *the improvement is likely to have a significant effect on the environment.*

(4) *Alteration of a highway is within this subsection only if—*

(a) *the highway is wholly in England,*

(b) *the alteration is to be carried out by or on behalf of the Secretary of State, and*

(c) *the highway is to be altered for a purpose connected with a highway for which the Secretary of State is (or will be) the highway authority.»<sup>444</sup>.*

Quando il progetto è autorizzato nelle forme del *Planning Act*, non trovano applicazione le norme dell'*Highways Act* del 1980<sup>445</sup> e del *Town and Country Planning Act* del 1990 (Part X)<sup>446</sup>.

L'istruttoria ai sensi del *Planning Act* si svolge secondo un procedimento articolato in fasi (*streamlined process*) ed è di tipo documentale, salvo sia stabilita, nel calendario, una *oral session* (ma, in ogni caso, non si tratta di *public local*

---

<sup>444</sup> L'interpretazione della norma è stata oggetto di un contenzioso (v. *infra* [2013] EWHC 2937 Admin relativo al progetto Heysham to M6 Link Road), in cui è stato affermato il principio secondo cui, anche ove fosse riconosciuto che un progetto non poteva rientrare nell'ambito di applicazione degli NSIP's (in quanto «*outside the scope of the 2008 Act*»), deve essere esclusa la rinnovazione della procedura di pianificazione («*The application of the normal planning regime would have afforded little or no material advantage to objectors to the project generally or more specifically to the organisation which the claimant represents. Still less is it clear how partial deployment of the regime outside the 2008 Act would have benefitted legitimately interested members of the public generally. The development consent process is thorough and comprehensive and it is overwhelmingly likely that consent would have been given regardless of the route by which it had been achieved. The time, cost and inconvenience of re-starting the process would render judicial intervention at this stage to be wholly disproportionate*»).

<sup>445</sup> È l'atto normativo che contiene le *statutory provisions* della c.d. *Highways Law*: tipologie dei *public right of ways*; responsabilità delle *highways authorities*; modalità di creazione delle *highways* «*under statute*» (*creation by construction, creation by agreement, etc.*); estinzione e modifiche (*extinguishment and diversion by administrative process*); dovere di manutenzione (*duty to maintain and civil liability for failure to maintain*); espropriazione (*acquisition of land, compulsory purchase powers, inquiries and compensation*). Per un esame nel dettaglio delle singole discipline, si rinvia al testo di S. SUVAIN, *Highway Law*, Sweet and Maxwell, London, 1997.

<sup>446</sup> Si tratta della parte con la quale sono dettate ulteriori disposizioni in merito ai poteri del *Secretary of State* sulle *highways*.

*inquiry* in senso tradizionale). La semplificazione del regime dell'autorizzazione e la maggiore speditezza della procedura sono bilanciate, nel disegno del legislatore, da previsioni poste a garanzia della trasparenza del processo decisionale e della partecipazione pubblica nella fase istruttoria.

Il *Planning Act* è stato successivamente integrato e modificato dai seguenti atti normativi: il *Marine and Coastal Access Act* del 2009, che ha introdotto una disciplina specifica sulla protezione delle zone costiere; il *Localism Act* del 2011, con il quale sono stati modificati alcuni aspetti della procedura di rilascio dell'autorizzazione generale<sup>447</sup>; il *Growth and Infrastructure Act* del 2013, recante norme sullo sviluppo dei progetti e sui poteri espropriativi (*compulsory acquisition*).

Nell'ambito della *secondary legislation*, si segnalano innanzitutto disposizioni in materia ambientale: le *Infrastructure Planning (Environmental Impact Assessment) Regulations* del 2009 (SI 2009 No. 2263), in attuazione della direttiva 85/337/CEE in materia di valutazione di impatto ambientale (*Environmental Impact Assessment – EIA*)<sup>448</sup>; le *Conservation of Habitats and Species Regulations* del 2010 (SI 2010 No. 490, am. SI 1994 No. 2716), in attuazione della direttiva 92/43/CEE relativa alla conservazione degli *habitat* e della flora e della fauna selvatiche.

Numerose sono inoltre le *Regulations* e *Rules* recanti la disciplina di dettaglio delle fasi del procedimento autorizzatorio del *Planning Act*<sup>449</sup>, nonché gli *orders* di settore<sup>450</sup>.

Ulteriori vincoli all'autonomia contrattuale si determinano nella fase dell'individuazione della controparte privata e derivano dall'ordinamento comunitario. Occorre al riguardo far riferimento alla legislazione nazionale di recepimento delle direttive comunitarie in materia di procedure di affidamento dei contratti pubblici: le *Public Works Contracts Regulations* del 1991 (SI 1991 No.

<sup>447</sup> Tra i vari interventi, il principale è l'abolizione della INFRASTRUCTURE PLANNING COMMISSION (su cui si v. *infra*).

<sup>448</sup> Per i profili applicativi si rinvia a C. Jones, C. WOOD, B. DIPPER, *Environmental Assessment in the UK Planning Process: A Review of Practice*, in *The Town Planning Review*, 3, 1998, p. 315 e ss.

<sup>449</sup> Si tratta delle seguenti: 1) le *Infrastructure Planning (National Policy Statement Consultation) Regulations* del 2009; 2) le *Infrastructure Planning (Applications: Prescribed Forms And Procedures) Regulations* del 2009; 3) le *Infrastructure Planning (Interested Parties) Regulations* del 2010; 4) le *Infrastructure Planning (Examination Procedure) Rules* del 2010; 5) le *Infrastructure Planning (Compulsory Acquisition) Regulations* del 2010; 6) le *Infrastructure Planning (Fees) Regulations* del 2010; 7) le *Infrastructure Planning (Decisions) Regulations* del 2010; 8) le *Infrastructure Planning (Changes to, and Revocation of, Development Consent Orders) Regulations* del 2011.

Al riguardo, il Department for Communities and Local Government ha inoltre pubblicato un memorandum e una serie di *guidance*, disponibili all'indirizzo <http://infrastructure.planningportal.gov.uk/legislation-and-advice/guidance/>.

<sup>450</sup> Con riferimento alle autostrade, si v. l'*Highway and Railway - Nationally Significant Infrastructure Project - Order* del 2013, con il quale è stata modificata la Section 22 del *Planning Act* sopra citata.

2680 – attuazione della direttiva 93/37/CEE); le *Public Contracts Regulations* (SI 2006 No. 5 – attuazione della direttiva 2004/18/CE) e le *Utilities Contracts Regulations* del 2006 (SI 2006 No. 6 – attuazione della direttiva 2004/17/CE)<sup>451</sup>. In questo quadro normativo, mentre alle concessioni di servizi si applicano esclusivamente i principi generali del Trattato (libera circolazione delle merci, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi, parità di trattamento, non discriminazione, mutuo riconoscimento, proporzionalità e la trasparenza), il settore delle concessioni di lavori pubblici trova una limitata disciplina nel Titolo III della citata direttiva 2004/18/CE.

Occorre inoltre considerare che è allo stato in corso il recepimento del nuovo pacchetto di direttive UE in materia di appalti pubblici: la direttiva 2014/25/UE sugli appalti nei cosiddetti settori “speciali” (acqua, energia, trasporti e servizi postali) e la direttiva 2014/24/UE nei settori “ordinari”, le quali modificano e sostituiscono, rispettivamente, la direttiva 2004/18/CE e la direttiva 2004/17/CE, allo scopo di realizzare semplificazione e maggiore flessibilità delle procedure, nonché di avvicinare la disciplina dei settori “speciali” a quella degli “ordinari”; la direttiva 2014/23/UE sui contratti di concessione, con la quale vengono codificati i caratteri che distinguono le concessioni dagli appalti – in particolare sotto il profilo dell’assunzione del rischio da parte del concessionario (definizione che ben si attaglia ad essere applicata, nel Regno Unito, ai contratti PFI per la costruzione e gestione delle autostrade) – nonché a fornire il contenuto minimo degli obblighi che devono essere rispettati durante lo svolgimento della procedura di aggiudicazione.

Il pacchetto rientra nell’obiettivo del Governo britannico di eliminare gli elementi di rigidità della vigente disciplina europea (c.d. “*EU red tape*”) e di favorire la competitività, così incentivando le imprese nazionali ad essere più presenti sul mercato unico. In questa prospettiva, il Cabinet Office ha dichiarato il proprio intento di dare attuazione al nuovo impianto normativo a decorrere dal 1° gennaio 2015, in modo da consentire al Paese di beneficiare più rapidamente possibile dei miglioramenti in termini di flessibilità offerti dalle singole discipline.

Passando al piano delle norme internazionali pattizie, non vi sono convenzioni internazionali che vincolano lo Stato britannico a stipulare concessioni autostradali. Negli altri settori, va ricordato il Trattato di Canterbury, sottoscritto il 12 febbraio 1986, con il quale il Regno Unito e la Francia si sono impegnati ad addivenire alla

---

<sup>451</sup> Le *Regulations* sono adottate dal HM TREASURY sulla base del potere generale di recepimento del diritto comunitario mediante *secondary legislation* (si v.no European Communities Act del 1972, Section 2.2 e EC Designation No. 2 Order 1991/755).

sottoscrizione della concessione di costruzione e gestione del Tunnel della Manica<sup>452</sup>.

Occorre infine tener conto delle c.d. *non statutory guidance*, ovvero di linee guida, manuali operativi e *vademecum* di diverse autorità pubbliche (HM Treasury, Partnership UK e la sua Operational Taskforce, OGC – Office of Government Commerce)<sup>453</sup>. Si tratta in genere di indicazioni di *soft law*, le quali contengono *standard* per la regolazione del rapporto (analisi dell'utilità economica del progetto e redazione dei testi contrattuali contratti). Sono tuttavia qualificate come vincolanti le linee guida dettate nei seguenti documenti dell'HM Treasury:

- 1) *Value for money Assessment Guidance* (2006) – il documento stabilisce una metodologia obbligatoria per la valutazione dell'economicità di un progetto PFI;
- 2) *Standardisation of PFI Contracts* (o SoPC4, 2007) – il documento riguarda tutti i contratti PFI in Inghilterra e Galles che abbiano un *capital value* superiore a 20 milioni di sterline e si articola in 37 sezioni, ciascuna dedicata ad un particolare aspetto contrattuale: durata del contratto; inizio lavori; tutela contro eventuali ritardi nell'inizio dei lavori; garanzie; meccanismi di determinazione del prezzo e pagamento; meccanismi di *risk-sharing* e *market testing*; requisiti di *performance*; modifiche alle disposizioni contrattuali; sopravvenienze nella normativa; sub-contratto; assicurazione; risoluzione di eventuali controversie; informazione e proprietà intellettuale; modalità di rescissione dei contratti. Le linee guida sono state aggiornate ed integrate, quando è stato introdotto il nuovo modello contrattuale PF2 (v. *supra*), con la pubblicazione del documento *Standardisation of PF2 Contracts* (2012).

---

<sup>452</sup> Il *Concession Agreement*, stipulato il 14 marzo 1986, prevede l'affidamento della costruzione e gestione dell'opera a *France Manche* e *Channel Tunnel Group* (*Eurotunnel*), per la durata di 55 anni, poi prorogati. La concessione scadrà nel 2086. I costi di accesso all'infrastruttura da parte delle compagnie ferroviarie (SNCF e *British Rail*) sono stabiliti dal contratto (*Railway Usage Contract* del 1987).

<sup>453</sup> Il ruolo e le attività affidate a ciascuna amministrazione sono delineati nel par. 2.

## 2. Il sistema di *governance* politico-amministrativo

Nel Regno Unito, un ruolo fondamentale nel promuovere le PPP per la realizzazione e gestione delle infrastrutture è stato svolto dall'HM Treasury sul finire degli anni '80<sup>454</sup>.

Quando nel 1992, sotto il Governo conservatore di John Major, l'HM Treasury ha lanciato il modello della PFI, allo scopo di assistere e guidare le autorità pubbliche, furono istituiti il Private Financial Panel (PFP) e, al livello locale, il Public Partnership Programme (“4ps”)<sup>455</sup>.

La *policy* della PFI trovava fondamento in una serie di considerazioni: un *deficit* di infrastrutture, determinato da anni di investimenti insufficienti, il quale – per essere colmato – avrebbe richiesto disponibilità del settore pubblico superiori; l'insoddisfazione per i risultati dei contratti affidati con gli strumenti del *conventional procurement* (superamento dei costi e slittamento dei tempi); il desiderio di trasferire dei rischi al settore privato e di rendere efficiente la spesa pubblica. In particolare, la partecipazione del capitale privato al finanziamento delle infrastrutture è stata tenacemente perseguita nel presupposto che il trasferimento di rischi – che i privati sono in grado di controllare in maniera migliore – avrebbe accresciuto gli incentivi a selezionare progetti più meritevoli di finanziamento e a perseguire una maggiore efficienza nella loro ideazione, esecuzione e gestione. Questi guadagni in termini di efficienza avrebbero compensato i maggiori costi del finanziamento privato rispetto ai minori costi dell'indebitamento pubblico<sup>456</sup>.

È a partire dal 1997, con il Governo laburista di Tony Blair, che la PFI ha avuto uno sviluppo crescente in attuazione delle indicazioni contenute nei *Bates Reports*<sup>457</sup>. Per incentivare e monitorare l'utilizzo dello strumento, è stata creata la società mista Partnership UK, nell'ambito della quale è stata istituita una sezione dedicata ai finanziamenti, la Operational Taskforce (OTF) e, al suo interno, la Treasury Taskforce.

---

<sup>454</sup> Fino al 1989, il Governo non era incline ad ammettere il finanziamento di progetti con capitali privati. La posizione risultava cristallizzata nelle “*Ryrie-Rules*”. Per un approfondimento sulle origini del modello PFI si v. il documento della House of Commons, *The Private Finance Initiative (PFI)* (Research Paper 01/117 18 December 2001).

<sup>455</sup> L'ente gestore del programma è stato poi sostituito da LOCAL PARTNERSHIP (una *joint venture* tra l'HM TREASURY e la LOCAL GOVERNMENT ASSOCIATION).

<sup>456</sup> Sul punto si v. la ricostruzione di D. HEALD, *Privately Financed Capital in Public Services*, in *The Manchester School*, 1997, Vol. LXV, 4, p. 574, nonché le osservazioni contenute nel documento HM TREASURY, *PFI: Meeting the Investment Challenge*, 2003, p. 41.

<sup>457</sup> Una sintesi dei due *report* è contenuta nel documento HM TREASURY, *Modern Government: Modern Procurement*, 1999.

Sulla base delle raccomandazioni della *Gershon Review of civil government procurement* del 1999, il compito di attuare le strategie in materia di *public procurement* è stato poi affidato ad un ufficio *ad hoc*, l'OGC – Office of Government Commerce. Tra le funzioni dell'OGC: la cura della formazione del personale che si occupa di *procurement*; la pubblicazione di *guidance* sulle *procurement policies*, sull'applicazione della normativa comunitaria in materia di procedure di affidamento e sugli *standard* contrattuali; lo svolgimento di un processo di monitoraggio dei maggiori progetti<sup>458</sup>.

Nel 2009 a Partnership UK è succeduta Infrastructure UK, una unità specializzata dell'HM Treasury incaricata di attrarre nuove fonti di finanziamento per i progetti infrastrutturali chiave nel settore dei rifiuti, dei servizi e dei trasporti. A marzo del 2010, la Unit ha pubblicato il documento *Strategy for National Infrastructure*, nel quale è indicata l'esigenza – realizzata negli anni a seguire – di sviluppare un *National Planning Policy Framework*<sup>459</sup>, in modo che le decisioni possano essere adottate in un contesto di lungo periodo e tenendo conto di una visione multisettoriale dei bisogni infrastrutturali. Un anno dopo, a marzo del 2011, il Governo ha lanciato il Programma *Infrastructure Cost Review*, sotto la guida di Infrastructure UK. È stata inoltre avviata la programmazione annuale delle priorità nell'ambito del *National Infrastructure Plan*.

Il Piano è pubblicato annualmente, in concomitanza dell'*Autumn Statement*<sup>460</sup>. In aggiunta, il Governo pubblica il documento *Infrastructure Pipeline*, nel quale sono forniti una serie di dati sui progetti strategici e sugli investimenti pianificati nei vari settori (pubblico/privato/misto).

I criteri chiave assunti dal Governo ai fini dell'individuazione dei progetti strategici sono i seguenti<sup>461</sup>: i progetti devono recare un elevato contributo potenziale in termini di crescita economica, con particolare enfasi sull'aumento della produttività e il rilancio dell'innovazione; l'investimento deve riguardare la realizzazione, il miglioramento o la sostituzione di un'infrastruttura di rilievo nazionale; i progetti devono attrarre significativi investimenti privati.

---

<sup>458</sup> Denominato “*Gateway Review Process*”.

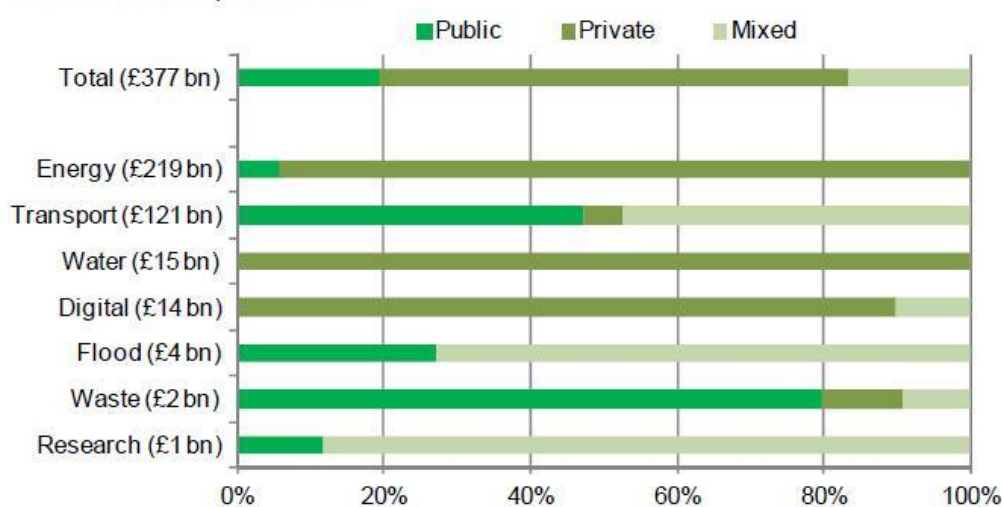
<sup>459</sup> Il documento, esplicativo delle *planning policies*, è stato pubblicato dal Governo il 27 marzo 2012 ed è disponibile sul *Planning Portal* (nella sezione *Planning Policy and Legislative*), unitamente ad una serie di *Planning Practice Guidance*.

<sup>460</sup> È il rapporto che l'HM Treasury indirizza al Parlamento del secondo semestre dell'anno. In primavera (durante la discussione del *budget*), sono poi pubblicate le *Infrastructure Delivery Updates*.

<sup>461</sup> Si v. la sintesi sui contenuti del *National Infrastructure Plan 2013* offerta dal documento della HOUSE OF COMMONS, *Infrastructure policy (Standard Note: SN/EP/6594 23 December 2013)*.

Quanto alla PFI, secondo i dati dell'HM Treasury riportati in uno studio OCSE<sup>462</sup> su 500 progetti censiti, le amministrazioni più operative in termini di investimenti infrastrutturali sono il Department of Health (6 miliardi di sterline), il Department of Education and Skills (4,1 miliardi di sterline), il Department for Transport (4,7 miliardi di sterline) e il Ministry of Defence (4,5 miliardi di sterline).

**Planned infrastructure investment by source of finance**  
*Infrastructure Pipeline 2013*



Fonte: House of Commons, *Infrastructure policy* (Standard Note: SN/EP/6594 23 December 2013), p. 8.

Con particolare riferimento alle infrastrutture stradali, i progetti di partenariato vedono impegnata l'autorità di settore, la Highways Agency, una Agenzia del Department for Transport<sup>463</sup>.

<sup>462</sup> OECD, *Infrastructure to 2030. Vol. 2. Mapping Policy for Electricity, Water and Transport*, 2007, p. 33. Si vedano inoltre i dati riportati nello studio condotto da Deloitte, *Building Flexibility: New Delivery Models for Public Infrastructure Projects*, 2006, Figure 15, p. 17, sul *capital value* dei progetti stipulati dai singoli Dipartimenti dal 1997.

<sup>463</sup> Per un approfondimento sul ruolo dell'Agenzia nel sistema istituzionale, si v. M. BUTLER JR., J. WILKINSON, P.M. ALLEN, *Exploring innovation in policy making within central government: the case of the UK's Highways Agency*, in *Public Policy and Administration*, 2010, p. 137 e ss.

Alla Highways Agency è affidato il compito di sovrintendere alla costruzione, manutenzione e gestione di una rete di *trunk roads* (autostrade e strade statali) per 6.920 km<sup>464</sup>.

L’Agenzia svolge innanzitutto il ruolo di *developer* ai fini dell’autorizzazione generale per lo sviluppo dei NSIP’s del settore, in conformità agli obiettivi di *policy* fissati dal Governo nei *National Policy Statement* nel settore dei trasporti (v. par. 3). In questa veste, l’Agenzia è chiamata a sottoporre l’*application* dei progetti al Planning Inspectorate, il quale dal 1° aprile 2012 è l’Agenzia governativa deputata alle attività istruttorie (prima ripartite tra i Ministeri negli ambiti di loro competenza) del procedimento autorizzazione degli NSIP’s<sup>465</sup>.

Mentre il Secretary of State (nella specie, Secretary of State for Transport) resta la “*highway authority*” ai sensi dell’*Highways Act* del 1980<sup>466</sup>, l’Agenzia ha la responsabilità gestionale delle PPP per la realizzazione dei progetti.

Il coinvolgimento dei privati riguarda circa il 17% della rete<sup>467</sup>.

Le prime tre PPP nel settore autostradale si sono concluse con accordi di concessione (*Concession Agreements*), i quali prevedono pedaggi c.d. reali a carico degli utenti (*real tolls*)<sup>468</sup>.

---

<sup>464</sup> 4.300 miglia (dato riportato nell’*Highways Agency Business Plan 2013-14*), di cui circa la metà di tratte autostradali (cfr. *infra* nota 37). Le stesse funzioni sono assegnate in Scozia a Transport Scotland (Agenzia dello Scottish Government’s Enterprise, Transport and Lifelong Learning Department), mentre in Galles sono svolte direttamente dal Department of Economy and Transport.

<sup>465</sup> Con il *Localism Act* del 2011, il *Planning Inspectorate* ha sostituito l’*Infrastructure Planning Commission* (IPC), organismo collegiale previsto nel testo originario del *Planning Act* composto da esperti del settore di nomina ministeriale.

<sup>466</sup> Fin dal *Trunk Roads Act* del 1936, al Ministro dei Trasporti è attribuito il controllo diretto – in qualità di “*highway authority*” – sulle strade principali del Regno Unito. Nell’*Highways Act* del 1980 viene ribadito che il Ministro è la “*highway authority*” per le *trunk roads*, sui tratti autostradali di nuova costruzione e su ogni altra strada la cui responsabilità gli è assegnata “*by statute*”. Sulle altre strade, le funzioni di “*highway authority*” sono esercitate dai *Local Councils*. Le funzioni del Ministro possono essere in parte delegate sia nei confronti delle autorità locali, sia nei confronti del concessionario (si v., sul punto, la *Section 2 Exercise of highway functions by concessionaire* del *New Roads and Street Works Act* del 1991). Per ulteriori elementi di dettaglio si veda S. SUVAIN, *Highway Law*, London, Sweet and Maxwell, 1997, §§ da 1-38 a 1-53.

<sup>467</sup> Il dato di lunghezza della rete (3.476 km) – indicato in A. FAYARD, *Analysis of Highway Concession in Europe*, in G. RAGAZZI, W., ROTHENGATTER, *Procurement and Financing of Motorways in Europe* (Atti del congresso internazionale “*Highways: Costs and Regulation in Europe*”, Bergamo 26-27 novembre 2004, Research in Transportation Economics, Oxford, 2005, p. 15), nonché in F. BOUSQUET, A. FAYARD, *Road Infrastructure Concession Practice in Europe* (WORLD BANK, Washington, 2001), e riportato in numerosi documenti – risulta accresciuto (3.673 km) nei dati recentemente pubblicati dalla Commissione Europea, *EU Transport in Figures. Statistical Pocketbook*, 2013, pp.75-76 (si v. appendice).

<sup>468</sup> Si tratta del Queen Elisabeth II Bridge (nel Dartford-Thurrock River Crossing), del Second Severn Bridge (nel Second Severn Crossing) e dell’autostrada M6-Toll Road.



## Highways Agency Network Map



Fonte: Highways Agency – website

### Legenda della nomenclatura della rete

Autostrade - prefisso M

Superstrade - categoria A con suffisso (M), con lo stesso *standard* delle autostrade

Strade statali - categoria A a singola cifra e categoria A con numerazione a due cifre (collocate radialmente in senso orario rispetto alle strade associate a cifra singola)

Nella fattispecie, il concedente è il Ministro dei Trasporti; la Highways Agency, come si è detto, segue gli aspetti contrattuali. Le tariffe di pedaggio sono lasciate al mercato e non esiste un'autorità indipendente di controllo<sup>469</sup>.

<sup>469</sup> In tal senso, si v. no le informazioni di sintesi contenute Documento dell'ASECAP (*Association Européenne des Concessionnaires d'Autoroutes et d'Ouvrages à Péage*), presentato dall'AISCAT

**M6 Toll Road (BNRR - The Birmingham Northern Relief Road) – L’autostrada britannica con *real toll***

Il progetto iniziale, elaborato nel 1980, è stato oggetto di una *public inquiry* per la realizzazione di una "*traditional publicly-procured road*". Dopo otto anni (1980-1988), il Governo – che si confrontava con un momento di recessione – prese la decisione di attrarre finanziamenti privati per l’opera mediante PPP.

Nel 1992, il Ministero dei Trasporti ha affidato la concessione di costruzione e gestione – soggetta alla disciplina del *New Roads and Street Works Act* del 1991 – alla Midland Expressway Limited (MEL), partecipata dall’australiana Macquarie al 75% e dall’italiana Autostrade S.p.a. al 25%. L’investimento complessivo di 750 milioni di sterline è stato coperto da prestiti bancari per 583 milioni (78%), contributo governativo di 20 milioni (3%), equity per 147 milioni (19%).

L’autostrada è inclusa tra gli "*statutory tolled undertakings*" con l’adozione di due *orders* (The Birmingham Northern Relief Road Toll Order 1998 No. 124 e The Birmingham Northern Relief Road and Connecting Roads Scheme 1998 No. 121), i quali sono stati oggetto di *legal challenge* da parte dei comitati locali contrari alla realizzazione del progetto (EWHC, Case No: CO/4553/98).

La concessione ha una durata di 53 anni.

I lavori di costruzione – terminati nel 2003 – sono stati affidati al gruppo CAMBBA, il cui *Construction Agreement* ha dato luogo a contenzioso con il concessionario per quanto concerne le modifiche al progetto originario richieste dalla parte pubblica ([2005] EWHC 2810 TCC; [2005] EWHC 2963TCC; [2006] EWHC 1505 TCC).

La regolamentazione tariffaria prevede la completa libertà di fissazione delle tariffe da parte del concessionario (con possibilità di revisione due volte l’anno) e non sono previsti poteri esercitabili della parte pubblica. Ciò è consentito – spiega il Department for Transport nel report annuale (*Statutory tolled undertakings and road user charging schemes in the UK*) – in ragione del fatto che il concessionario non opera in regime di monopolio e gli utenti hanno la possibilità di scegliere il tratto originario alternativo e gratuito. L’ultima revisione delle tariffe risale al 1° marzo 2011.

A partire dal 1994, per i lavori di costruzione ("*improvement*", "*widening*", "*maintenance*") e la gestione delle *trunk roads* la Highways Agency ha utilizzato lo strumento dei contratti DBFO.

Nei contratti DBFO, i meccanismi di remunerazione della parte privata possono essere di vario tipo e sono strutturati per conseguire gli obiettivi di spesa del Governo sul *network* stradale. Il principale meccanismo utilizzato è lo *shadow toll payment mechanism*. A differenza del sistema dei pedaggi c.d. reali a carico degli utenti, è la Highways Agency che provvede al pagamento, nei confronti della

---

all’audizione presso la Commissione industria, commercio, turismo del Senato della Repubblica il 7 febbraio 2012.

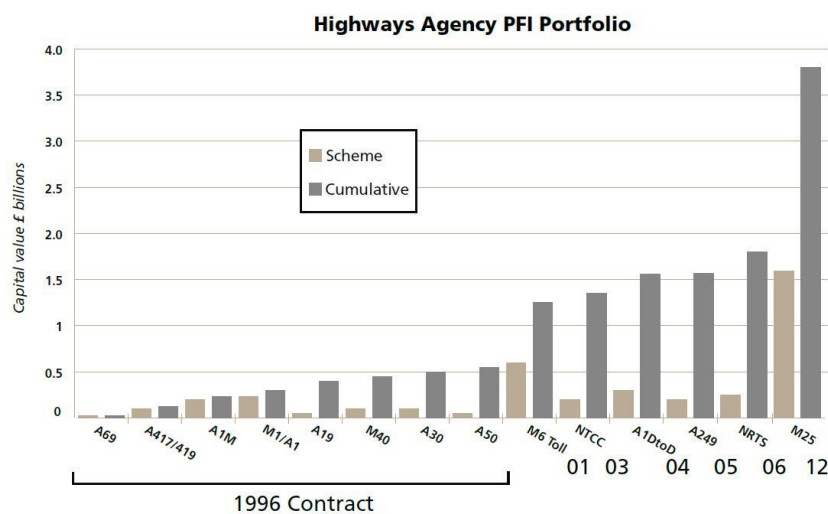
controparte privata, di corrispettivi in base al numero e tipo di veicoli che utilizzano il tratto. Ad oggi, sulla rete vi sono 11 contratti DBFO in essere (si v. appendice)<sup>470</sup>.

#### **A69 Carlisle to Newcastle – il primo DBFO con *shadow toll payment mechanism***

Il contratto – sottoscritto il 1° aprile 1996 dal Road Link (A69) Ltd (con azionisti: Morrison Construction, Christiani & Nielsen, Henry Boot Construction, Pell Frischmann, Impregilo S.p.a., Autostrada Torino-Milano, Sina) – ha ad oggetto una concessione trentennale, la quale, da un lato, prevede l'esecuzione da parte del concessionario di programmi di ripristino, miglioramento e ampliamento della tratta e, dall'altro, il pagamento di *shadow toll* a carico della Highway Agency.

Il contratto è stato preceduto da un'analisi sulle previsioni di traffico, in relazione alla quale è stata data ai concorrenti la possibilità di proporre quattro bande, ognuna con un suo pedaggio per veicolo/chilometro.

Comparati con gli investimenti in PPP di altri settori, quelli del settore autostradale sono ancora relativamente modesti. Come indicato nel grafico seguente, il totale degli investimenti dal 1996 è di circa 4 miliardi di sterline.



Fonte: U.S. DEPARTMENT FOR TRANSPORTATION. FEDERAL HIGHWAY ADMINISTRATION - INTERNATIONAL TECHNOLOGY SCANNING PROGRAM, *Public-Private Partnerships for Highway Infrastructure: Capitalizing on International Experience*, 2009, p. 14.

<sup>470</sup> Si tratta dei seguenti progetti in ordine di tempo: 1) A69 Carlisle to Newcastle; 2) A417/419 Swindon to Gloucester; 3) A1(M) Alconbury to Peterborough; 4) M1/A1 Lofthouse to Bramham Link Road; 5) A19 Dishforth to Tyne Tunnel; 6) M40 Denham to Warwick; 7) A30 Exeter to Bere Regis; 8) A50 Stoke to Derby Link; 9) A1 Darrington to Dishforth; 10) A249 Stockbury (M2) to Sheerness; 11) M25. A questi progetti se ne aggiungono 2 relativi alle telecomunicazioni sulla rete: National Traffic Control Centre (NTCC) (il contratto stipulato con Traffic Information Services (TiS) Ltd è terminato nel 2011); National Roads Telecommunications Services Project (NRTS) (per le informazioni relative al contratto con GeneSYS PFI si rinvia al documento del National Audit Office, *The Procurement of the National Roads Telecommunications Services*, 2008).

Nel documento *Action for Roads – A network for the 21<sup>st</sup> century*, presentato al Parlamento dal Department for Transport nel luglio 2013, è confermata l'intenzione del Governo di procedere ad un *upgrade* di alcune tratte strategiche (piano preannunciato a giugno dello stesso anno nel documento *Investing in Britain's Future*). La prospettiva è quella di guadagnare ulteriori posizioni nella classifica stilata dal *World Economic Forum*<sup>471</sup>, che vede il Regno Unito al 28° posto nello sviluppo delle infrastrutture e nella qualità delle strade.

L'investimento previsto è di 15,1 miliardi di sterline fino al 2021 nell'ambito di un programma generale (*Roads Investment Strategy – RIS*), nel quale confluiscono 52 progetti nazionali<sup>472</sup>. Per il finanziamento saranno coinvolti, come di consueto, i privati, mentre appare al momento abbandonata la possibilità di introdurre pedaggi a carico degli utenti<sup>473</sup>.

È stato inoltre delineato un percorso di riforme legislative che coinvolgono l'assetto e il poteri della Highways Agency<sup>474</sup>, in considerazione dei rilievi contenuti del rapporto conclusivo della *Cook Review* del 2011<sup>475</sup>. La proposta prevede la trasformazione della Highways Agency in una società partecipata, in modo da renderla maggiormente indipendente dal Governo. Una volta trasformata,

---

<sup>471</sup> WORLD ECONOMIC FORUM, *The Global Competitiveness Report 2013–2014*.

<sup>472</sup> Si v. la mappa dei progetti in HM TREASURY, *Action for Roads – A network for the 21<sup>st</sup> century*, 2013, p. 31. Tra di essi, sono considerati strategici: il miglioramento della A14 Cambridge-Huntingdon (uno dei più importanti collegamenti del trasporto merci per accedere al mercato europeo - v. appendice); l'introduzione della quarta corsia sulla M4 London-Reading (uno dei tratti più trafficati della rete nel paese e strategico per l'accesso all'aeroporto di Heathrow).

<sup>473</sup> Si v. sul punto il documento della House of Commons, *Roads: tolls* (Standard Note: SN442 4 December 2013), pp. 8-9. Alla fine del 2012, infatti, l'HM Treasury e il Department for Transport si sono confrontati su un piano per l'introduzione di un bollino autostradale di importo forfetario annuo di 150 sterline senza limitazioni chilometriche, con compensazioni sulla tassa di circolazione. Dopo le critiche degli ambientalisti (le vetture eco-compatibili già non pagano la tassa di circolazione), sono state esaminate anche ipotesi di prelievo in relazione alle emissioni di CO<sub>2</sub> o al peso dei veicoli. Le potenzialità dello strumento dei pedaggi in funzione del decongestionamento del traffico sulla rete sono state oggetto degli studi di *multi-modal traffic*, per i quali si rinvia alla sintesi contenuta nel Paper di N. SANSOM, T., GRAYLING, *For whom the motorway tolls*, Institute for Public Policy Research, 2003. Su loro impatto in termini di promozione della *road safety*, si v. l'analisi di D. ALBALATE, G. BEL, *Motorways, Tolls and Road Safety: evidence from Europe*, in *SERIEs*, 2012, p. 457 e ss.

<sup>474</sup> Per una sintesi, si v. la Figura 4.2 “Solution to the institutional problems of the Highways Agency” nel citato documento *Action for Roads – A network for the 21<sup>st</sup> century*, p. 61. Ulteriori considerazioni sono contenute nel documento, pubblicato nell'ottobre 2013, *Consultation on transforming the Highways Agency into a government-owned company*.

<sup>475</sup> A. COOK, *A fresh start for the Strategic Road Network. Managing our roads better to drive economic growth, boost innovation and give road users more for their money*, Report commissioned by the Department for Transport, November 2011.

Secondo il rapporto, l'Agenzia difetta di indipendenza dal Governo, che, negli anni, non ha formulato un quadro chiaro e coerente dei suoi obiettivi a lungo termine; il finanziamento annuale non è adeguato, così come lo *stop-start funding* rende più difficile garantire l'efficienza; il fatto che l'Agenzia sia soggetta alle norme disegnate per i Dipartimenti, limita la sua capacità di attrarre tecnici e *project manager*; l'attività dell'Agenzia manca di un chiaro metodo per misurare la *performance* e individuare gli ambiti in cui operare risparmi di spesa.

la vigilanza del Ministro dei Trasporti verrebbe esercitata attraverso i canali della *governance* societaria. La società continuerebbe inoltre a rispondere nei confronti del Parlamento per l'impiego di risorse pubbliche, presentando la relazione annuale<sup>476</sup>.

Nel sistema attuale, il Parlamento svolge un'attività di controllo sull'operato dell'Agazia muovendo dalle analisi del National Audit Office, organo deputato alla predisposizione di report sulla *public spending*. Tra i report di maggiore interesse predisposti negli ultimi anni, quello relativo alla spesa per i lavori manutenzione della rete (*Contracting for Highways Maintenance*, 2009) e quello concernente l'analisi del *value for money* del progetto di ampliamento della M25 (*Procurement of the M25 private finance contract*, 2010), cui sono seguite le *recommendations* critiche del Committee of Public Accounts della House of Commons<sup>477</sup>.

Nello sviluppo del nuovo assetto, sono state considerate ulteriori modalità di *accounting*: a) il Governo potrebbe essere incaricato di misurare le *performance* della società con un *panel* di esperti indipendenti e relazioni annuali; b) un piccolo organismo indipendente, simile al Passenger Focus nel trasporto ferroviario, potrebbe monitorare la qualità del servizio con gli utenti delle strade; c) infine, un "regolatore" potrebbe valutare l'efficienza della società ed eventualmente adottare raccomandazioni circa le decisioni relative ai finanziamenti.

Occorre infine segnalare che, per quanto attiene ai tratti di propria competenza (quali collegamenti – *link, junction* – alle autostrade e ponti), i Local Councils assumono il ruolo di *deveveloper applicant* per la sottoposizione del progetto di costruzione al Planning Inspectorate. I Local Councils intervengono inoltre nella fissazione, di concerto con il Department for Transport, delle tariffe di pedaggio su alcuni ponti ad oggi in regime di concessione<sup>478</sup>.

---

<sup>476</sup> Si v., da ultimo, *Annual Report and Accounts 2012-2013* (presentato alla House of Commons in applicazione della Section 7 del Government Resources and Accounts Act del 2000).

<sup>477</sup> Il Committee of Public Accounts – assieme al Treasury Committee e al Committee on Economic Affairs della House of Lords – è intervenuto in più occasioni anche sul tema generale della *review* del modello della PFI (per i riferimenti, si v. *supra* nota 6).

<sup>478</sup> In tal senso, il documento dell'ASECAP (*Association Européenne des Concessionnaires d'Autoroutes et d'Ouvrages à Péage*), cit. nota 39.

### 3. L'individuazione delle opere

In ragione del fatto che i progetti di sviluppo delle infrastrutture autostradali assumono rilevanza nazionale ai sensi del *Planning Act* del 2008<sup>479</sup>, l'individuazione delle opere deve avvenire in coerenza con i *National Policy Statements*.

Questi ultimi sono formulati, come si è detto, dal Governo previa consultazione pubblica<sup>480</sup> e verifica della sostenibilità degli interventi considerati e sono sottoposti allo scrutinio delle Camere, le quali possono approvare una risoluzione al riguardo, oppure formulare raccomandazioni attraverso le commissioni parlamentari competenti.

Quanto al loro contenuto (Section 5.5), gli *statements* possono in particolare: determinare la tipologia degli interventi sulla base di necessità nazionali o di una determinata area; fissare i criteri per giungere alla localizzazione delle infrastrutture da realizzare, indicando, se del caso, la diversa priorità assegnata a ciascun criterio; individuare localizzazioni specifiche per affermarne l'idoneità oppure l'inidoneità; stabilire le condizioni in cui è necessario intraprendere iniziative dirette a mitigare l'impatto degli interventi in questione. Gli *statements* sono motivati, soggetti ad un regime di pubblicità e suscettibili di periodica revisione.

Ad oggi non sono stati adottati NPS specifici per il settore delle *highways*; tuttavia alcuni principi generali possono essere ricavati dai NPS di altri progetti (ad esempio dalle *Port and Nuclear Power Policies*)<sup>481</sup>.

Tre sono i principi guida nell'individuazione dei contenuti del progetto: la sostenibilità socio-ambientale degli interventi (*sustainability*), la disponibilità delle risorse finanziarie per realizzarli (*affordability*), la convenienza economica nel suo complesso (*value for money*). La definizione del progetto deve essere quindi accompagnata da una serie di *assessment* (v. par. 1).

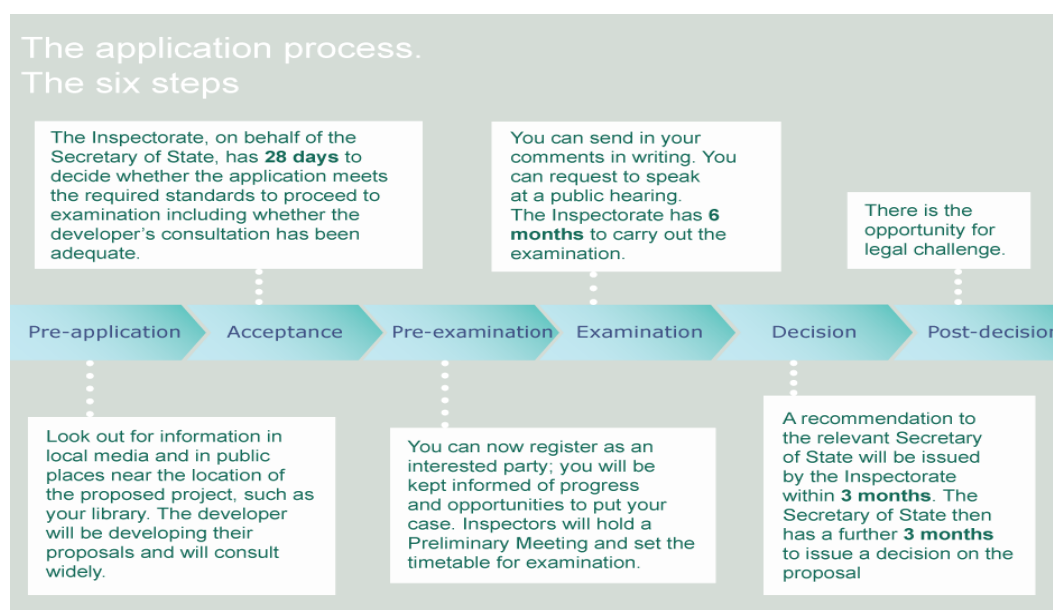
Al fine di ottenere l'autorizzazione allo sviluppo dell'opera, deve essere instaurato il procedimento previsto dal *Planning Act*.

<sup>479</sup> Cfr. Section 22 del *Planning Act*, cit. par. 1.

<sup>480</sup> Le *Infrastructure Planning (National Policy Statement Consultation) Regulations* del 2009 contengono l'elenco dei soggetti nei confronti dei quali è previsto un obbligo di consultazione.

<sup>481</sup> Per questa affermazione si v. la decisione [2013] EWHC 2937 Admin relativa al progetto Heysham to M6 Link Road (v. nota 14), nella parte in cui è rigettato il motivo di ricorso con il quale era stata formulata la doglianza che l'autorità decidente avesse preso in considerazione – erroneamente – NPS non direttamente applicabili al progetto da autorizzare.

Il procedimento ha una durata massima di **nove mesi** (sei mesi per l'attività istruttoria e tre mesi per la decisione) ed è articolato – secondo una strategia di tipo “*front loaded*” (strategia che anticipa l'individuazione e la risoluzione di problemi alle prime fasi dello sviluppo del progetto) – in **sei fasi**: 1) *Pre-application*; 2) *Acceptance*; 3) *Pre-examination*; 4) *Examination*; 5) *Decision*; 6) *Post decision*.



Fonte: Planning Portal <http://infrastructure.planningportal.gov.uk/application-process/the-process/>

Il processo inizia quando il *Planning Inspectorate* è informato dal *developer applicant* – la Highways Agency in genere, ma anche un Local Council – che intende presentare la richiesta di autorizzazione di un progetto (Part 5, Chapter 1).

Prima di presentare l'*application*, la quale deve essere “*scoped and refined*”, è necessario effettuare le consultazioni sulla proposta. In questa fase, denominata *pre-application* (Part 5, Chapter 2), il progetto deve essere pubblicato e notificato ad una pluralità di destinatari: gli *statutory consultees* (ovvero, gli enti istituzionali che fanno parte di un elenco di *consultees* obbligatori a seconda della tipologia del progetto; nel caso di specie ad esempio, la Environment Agency), le autorità locali, le *Communities* e singoli interessati (*affected persons*).

La durata della consultazione varia a seconda della sua complessità; le modalità di risposta (e-mail; sito dell'*applicant*, *consultation event*) e il termine

sono stabiliti all'atto della pubblicazione del progetto. Un documento denominato SoCC (*Developer's Statement of Community Consultation*) definisce, in particolare, l'ambito e le modalità della consultazione delle comunità locali<sup>482</sup>.

Rispondere alla consultazione nella fase di *pre-application* è il primo strumento attraverso il quale i soggetti interessati possono influenzare i contenuti del progetto, esprimere l'assenso o il disaccordo, ovvero indicarne gli elementi di miglioramento<sup>483</sup>. L'*applicant* è infatti tenuto a prendere in considerazione le risposte (Section 49 *Duty to take account of responses to consultation and publicity*).

La fase dell'*acceptance* (Part 6, Chapter 1) inizia quando è presentata la richiesta formale di autorizzazione (*formal application*), la quale deve essere accompagnata da una serie di documenti (*EIA, Land Plan, Works Plan, etc.*)<sup>484</sup>. Nei successivi ventotto giorni, il Planning Inspectorate è chiamato a decidere se l'*application* soddisfa gli *standard* richiesti per essere accettata per l'esame.

Una volta ottenuta l'*acceptance*, l'*applicant* è tenuto a darne pubblicità. Secondo quanto previsto dalla Section 39 del *Planning Act*, il Planning Inspectorate tiene un registro di tutte le *applications* presentate. Per ciascun progetto, è pubblicata sul sito istituzionale una serie di informazioni. I documenti – ivi compresi quelli sull'impatto ambientale – sono facilmente accessibili (possono essere visualizzati sulla pagina del progetto; copie cartacee sono disponibili gratuitamente nelle località in prossimità del sito proposto per lo sviluppo dell'opera).

Nella fase della *pre-examination*, coloro che hanno interesse a partecipare sono tenuti ad effettuare una registrazione presso il Planning Inspectorate e a trasmettere un documento con osservazioni sul progetto. I soggetti registrati sono quindi invitati ad un incontro (*preliminary meeting*), a seguito del quale è loro notificato il calendario dei lavori dell'*examination* (*timetable*). Questa fase si conclude entro tre mesi dalla pubblicazione dell'*application*.

## Progetti all'esame nel settore delle infrastrutture di trasporto stradale

<sup>482</sup> Si v., al riguardo, la Section 47. Dei caratteri della consultazione, la quale deve risultare adeguata ("*proper*") e corretta ("*fair*"), si è occupata la decisione [2013] EWHC 2937 Admin relativa al progetto Heysham to M6 Link Road (v. nota 14).

<sup>483</sup> Si v. sul punto l'*Advice note 8: How to get involved in the planning process*, pubblicata in <http://infrastructure.planningportal.gov.uk/legislation-and-advice/advice-notes/> unitamente ad altre Notes predisposte dal Planning Inspectorate.

<sup>484</sup> L'*application form* è pubblicata in allegato alle *Infrastructure Planning (Applications: Prescribed Forms and Procedures) Regulations* del 2009.



Application	Location	Developer	Date of application submission	Date of acceptance/non-acceptance for examination	Status
<a href="#">M1 Junction 10a Grade Separation - Luton</a>	Junction 10a M1 Luton	Luton Borough Council	29/06/2012	27/07/2012	DCO granted on 30/10/2013
<a href="#">Heysham to M6 Link Road</a>	North of Lancaster M6 J34 to junction of A683 & A589	Lancashire County Council	06/12/2011	23/12/2011	DCO granted on 19/03/2013
<a href="#">A556 Knutsford to Bowdon Scheme</a>	Knutsford to Bowdon, Cheshire	Highways Agency	24/04/2013	17/05/2013	Decision
<a href="#">A30 Temple to Higher Carblake Improvement</a>	Approximately 3 miles north east of Bodmin	Cornwall Council	15/08/2013	09/09/2013	Examination
<a href="#">A160 - A180 Port of Immingham Improvement</a>	Immingham, North East Lincolnshire	Highways Agency	08/01/2014	27/01/2014	Pre-examination

Fonte: Planning Portal <http://infrastructure.planningportal.gov.uk/projects/register-of-applications/>

La fase dell'*examination* (Part 6, Chapter 4)<sup>485</sup> ha inizio il giorno successivo alla chiusura del *preliminary meeting*. Durante questa fase, coloro che si sono registrati sono invitati a fornire ulteriori dati loro osservazioni per iscritto (*written representations*), a partecipare ad audizioni (*hearings*), nonché a replicare alle osservazioni prodotte dagli altri soggetti coinvolti. Anche in questa fase, vi è un elenco di *statutory parties*<sup>486</sup>. Le autorità locali sono in particolare chiamate a produrre un *local impact report*<sup>487</sup> e sono invitate a partecipare a sopralluoghi.

<sup>485</sup> Per la disciplina di dettaglio si v. no le *Infrastructure Planning (Examination Procedure) Rules* del 2010.

<sup>486</sup> Su cui si v. la Schedule Regulation 3(a) delle *Infrastructure Planning (Interested Parties) Regulations* del 2010.

<sup>487</sup> Per i contenuti del report si v. l'*Advice note 1: Local impact reports*, in <http://infrastructure.planningportal.gov.uk/legislation-and-advice/advice-notes/>.

L'esame é affidato ad un componente ovvero ad un *panel* del Planning Inspectorate, cui spetta il compito di preparare una relazione sull'*application* entro tre mesi.

Nei successivi tre mesi deve essere conclusa la fase della *decision* (Part 6, Chapter 5)<sup>488</sup>. Ai sensi della Section 104, la decisione può essere affidata direttamente al Planning Inspectorate; in caso contrario spetta al Secretary of State competente: per i Road and Rail NSIP's, il *decision maker* è il Secretary of State for Transport - Department for Transport.

La decisione può concedere o negare l'autorizzazione; deve essere notificata agli interessati e pubblicata con le relative motivazioni (Part 6, Chapter 8). Una copia della relativa documentazione è depositata presso l'Office of the Clerk of the Parliaments.

I contenuti dell'autorizzazione possono essere molto ampi (Part 7, Chapter 1). Nella Section 120.3 si prevede in particolare che l'autorizzazione possa:

«(a) apply, modify or exclude a statutory provision which relates to any matter for which provision may be made in the order;

(b) make such amendments, repeals or revocations of statutory provisions of local application as appear to the decision-maker to be necessary or expedient in consequence of a provision of the order or in connection with the order;

(c) include any provision that appears to the decision-maker to be necessary or expedient for giving full effect to any other provision of the order;

(d) include incidental, consequential, supplementary, transitional or transitory provisions and savings».

Nelle Section 122 e ss. è regolato l'esercizio di poteri espropriativi (*compulsory acquisition*)<sup>489</sup>. La Section 144 (*Highways*) stabilisce inoltre che l'autorizzazione possa disporre la riscossione di un pedaggio (*charging tolls*) ove la stessa sia stata richiesta nell'*application*.

Il finanziamento di opere infrastrutturali da realizzare in ambito locale può anche valersi dell'introduzione di una "tassa di scopo", la *Community Infrastructure Levy* (Part 11).

Nel termine di sei settimane dalla notifica (fase di *post-decision*), la decisione può essere oggetto di ricorso giurisdizionale all'High Court (Part 6, Chapter 9)<sup>490</sup>.

---

<sup>488</sup> Per la disciplina di dettaglio si v.no le *Infrastructure Planning (Decisions) Regulations* del 2010.

<sup>489</sup> Numerosi sono i rinvii al *Compulsory Purchase Act* del 1965.

<sup>490</sup> La Procedura si svolge dinanzi ad una Sezione specializzata della *Queen's Bench Division* della *High Court*, la *Administrative Court*. Dal 2009 è possibile instaurare i procedimenti, oltre che presso la *Royal*

La procedura di *application for judicial review* è dettata nella *rule 54* delle *Civil Procedure Rules*. Si tratta di un'impugnativa di *judicial review* per vizi di legittimità<sup>491</sup>, che consente al ricorrente di ottenere l'annullamento dell'atto impugnato (*quashing order*), un'ingiunzione (*injunction*), oppure ordini di fare o non fare (*mandatory and prohibiting orders*) nei confronti dell'autorità amministrativa.

## 4. Le modalità di affidamento

### 4.1. Le procedure per l'individuazione della controparte privata

I contratti per la realizzazione e gestione delle infrastrutture autostradali sono ricondotti alla categoria del *public works concession contract*: «*a public works contract under which the consideration given by the contracting authority consists of or includes the grant of a right to exploit the work or works to be carried out under the contract*» (Section 2.1 delle *Public Works Contracts Regulations* del 1991). Nella Schedule 2 - Activities Constituting Works delle *Public Contracts Regulations* del 2006, le attività di «*Construction of highways, roads, airfields and sport facilities*» sono annoverate nell'ambito dei lavori cui si applica la disciplina dettata dalle stesse *Regulations*.

I contratti sono quindi assegnati nel rispetto delle previsioni dell'*Highways Act* del 1980 e del *New Road and Street Works Act* del 1991 (il quale, come si è visto, costituisce *enabling legislation* per i *Concession Agreements*), nonché nel quadro delle procedure di affidamento (*award procedures*) previste dalla disciplina di attuazione delle direttive comunitarie 93/37/CEE e 2004/18/CE in materia di lavori pubblici (le citate *Public Works Contracts Regulations* del 1991 e le *Public Contracts Regulations* del 2006)<sup>492</sup>.

---

Courts of Justice a Londra, anche presso il District Registry of the High Court a Birmingham, Cardiff, Leeds o Manchester.

<sup>491</sup>Al riguardo, nella decisione [2013] EWHC 2937 Admin relativa al progetto Heysham to M6 Link Road (v. nota 15), è stato precisato che «*it is not the job of this court to decide if this proposed new road is a good idea but merely to determine whether or not the decision to make the Order permitting it to be built was lawful*».

<sup>492</sup>Occorre tener presente che le *Regulations* non si applicano «*to the seeking of offers in relation to a proposed public works concession contract where the estimated value of the contract (net of value added tax) at the relevant time is less than 5,278,000 euro*». Per un'analisi più dettagliata sull'ambito di applicazione si rinvia a S. ARROWSMITH, *The law of Public And Utilities Procurement*, London, Sweet and Maxwell, 2007, p. 14.

Le *Regulations* impongono l'obbligo di pubblicizzare l'intenzione di ricercare delle offerte, mediante pubblicazione della notizia sull'Official Journal of the European Union (OJEU - S). Il termine per la risposta da parte di eventuali offerenti non può essere inferiore a 52 giorni dall'invio della pubblicazione (Section 25 *Public Works Contracts Regulations* e Section 36 delle *Public Contracts Regulations*).

L'affidamento soggiace ai seguenti principi: parità di trattamento e trasparenza (con riferimento all'applicazione dei criteri di selezione e alle altre notizie relative ai progetti) e proporzionalità (in relazione alle capacità tecniche, professionali e finanziarie richieste).

In genere, per i contratti DBFO è utilizzato il “*negotiated procurement process*”, così articolato:

1. *prequalification*;
2. *tender stage*;
3. *negotiation*;
4. *contract award (post tender and financial close)*.

Nella fase della prequalifica (*prequalification*), sono svolte le seguenti attività: redazione di un avviso di preinformazione (*Prior information notice - PIN*); pubblicità sull'Official Journal of the European Union (OJEU); predisposizione della documentazione di prequalifica (*prequalification pack*), che comprende dettagli del progetto, descrizione dei requisiti richiesti per l'offerta e criteri di *assessment*.

Nella fase della gara (*tender stage*), l'autorità pubblica procede a: mettere a disposizione i documenti di gara, che includono un modello di contratto, istruzioni e linee guida per gli offerenti, un disegno illustrativo che mostra la soluzione progettuale proposta e schede varie; pubblicare indicazioni sulla gara e risposte a quesiti; trasmettere dell'invito a presentare le offerte (*invitation to submit outline proposals - ISOP*); raccogliere ed effettuare l'*assessment* delle offerte pervenute, al fine di individuare il migliore offerente, prima in via provvisoria (*provisional preferred bidder - PPB*) e poi in via definitiva.

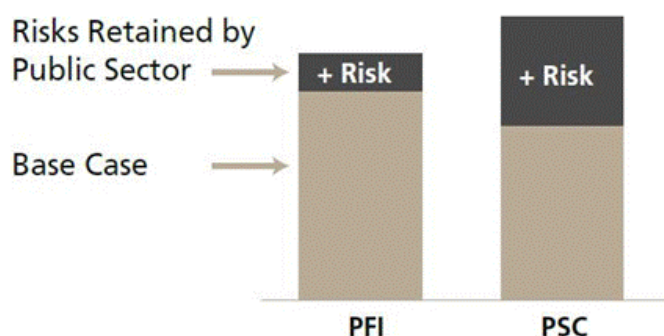
È l'Highways Agency's Accounting Officer a valutare il *value for money* (VfM) delle offerte. L'analisi si articola in via preliminare su cinque quesiti<sup>493</sup>:

---

<sup>493</sup> FEDERAL HIGHWAY ADMINISTRATION - U.S. DEPARTMENT FOR TRANSPORTATION, *Public-Private Partnerships for Highway Infrastructure: Capitalizing on International Experience*, International Technology Scanning Program, 2009, p. 22.

- il progetto ha dimensioni sufficienti rispetto ai costi dell'affidamento e della sua attuazione?;
- la parte pubblica ha definito i propri bisogni?;
- il partner privato ha adeguata esperienza e può condurre a termine il progetto?;
- possono essere quantificati i servizi del ciclo di vita dell'infrastruttura?;
- esistono appropriati strumenti di misurazione delle *performance* del partner privato?

Si procede quindi ad un raffronto con il costo che l'autorità pubblica sarebbe chiamata a sopportare ove il progetto fosse finanziato senza il ricorso al settore privato e implementato con l'utilizzo delle procedure di *conventional procurement* (*Public Sector Comparator - PSC*)<sup>494</sup>.



Fonte: FEDERAL HIGHWAY ADMINISTRATION - U.S. DEPARTMENT FOR TRANSPORTATION, *Public-Private Partnerships for Highway Infrastructure: Capitalizing on International Experience*, International Technology Scanning Program, 2009, p. 23.

Il partner privato affidatario del contratto – la c.d. DBFO Company – è generalmente un "*bidding consortium*", il quale, al fine di presentare l'offerta, ha costituito una società il cui oggetto esclusivo è la realizzazione del progetto (SPV – *Special Purpose Vehicle*). Gli investitori saranno coinvolti nel finanziamento del progetto con uno *Shareholder Agreement*, per quanto concerne il finanziamento del capitale proprio, c.d. *equity*, da parte dei soci (nella maggior parte dei casi imprese

<sup>494</sup> Si v. al riguardo l'analisi sull'affidamento di 8 progetti DBFO dell'HIGHWAYS AGENCY condotta da R. BAIN, *Public Sector Comparators for UK PFI Roads: Inside the Black Box*, in *Transportation*, 2010, 3, p. 447 e ss. Occorre segnalare che la validità del PSC, ove assunto come riferimento esclusivo per valutare il *value for money*, viene posta in discussione in quanto si tratta di un parametro che diventa molto velocemente "out of date".

di costruzione, che intervengono a promuovere il progetto in qualità di *sponsors*), e con un *Loan Agreement*, per quanto concerne il capitale di debito (di norma assunto dagli istituti bancari, quali *senior debt providers*)<sup>495</sup>. La DBFO Company inoltre stipulerà un *Construction Agreement* con una o più imprese per la costruzione dell'opera, potendo anche affidare in sub-contratto singoli servizi di manutenzione e gestione a società specializzate.

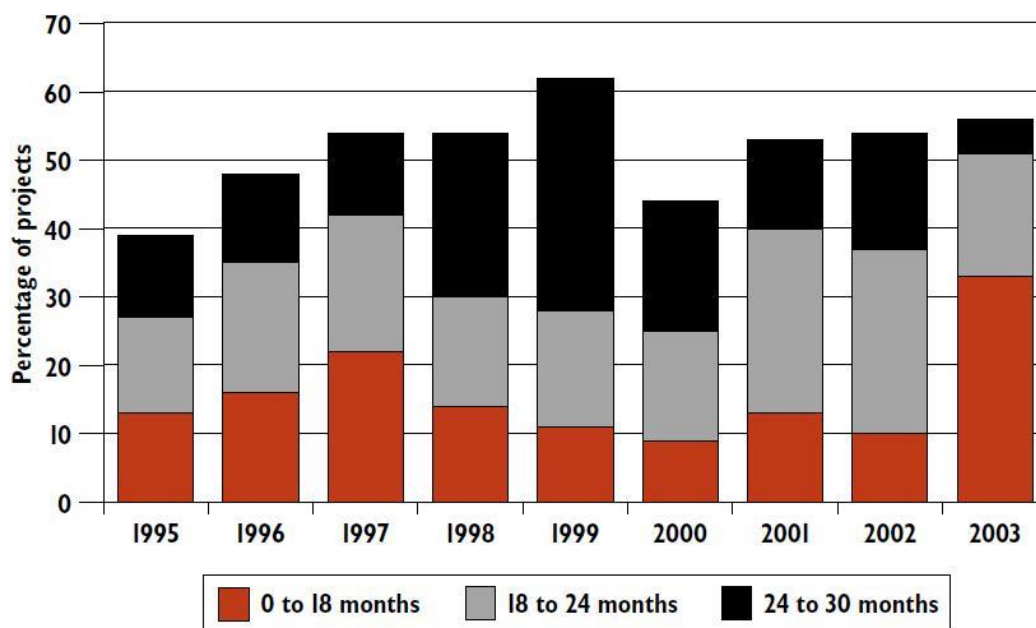
Quanto ai tempi del *procurement* delle PFI, l'HM Treasury ha raccolto i dati dei progetti affidati negli anni '90, i quali mostrano il tempo compreso tra la pubblicazione sull'OJEU e la chiusura della procedura si attesta tra i 13 mesi e i 60 mesi a seconda della tipologia del progetto. Nel settore delle infrastrutture stradali, il dato è di 15-20 mesi. Con riguardo agli ultimi progetti, i tempi sono risultati particolarmente dilatati nella procedura per l'affidamento del progetto della M25<sup>496</sup>.

	Procurement Dates (OJEC issued)	OJEC to Financial Close (months)	Upper/Lower bounds (months)
Health	December 1994– December 1998	40	22–60
Schools	March 1997– December 1999	23	15–25
Defence	November 1994– September 1999	23	18–32
Custodial/Prisons	March 1997– November 1999	21.4	14–25
Road	March 1986– November 1995	18	15–20
Tram/Light rail	March 1986– November 1995	22.3	13–30

<sup>495</sup> Le fonti di finanziamento sono esaminate nel successivo par. 4.2.

<sup>496</sup> La procedura si è svolta con questa cronologia: novembre 2005 - OJEU notice; da novembre 2005 a marzo 2006 - *Prequalification*; da aprile a ottobre 2006 - *Invitation to submit outline proposals* (ISOP); da marzo a ottobre 2007 - *Tender stage*; da novembre 2007 a aprile 2008 - *Evaluation and negotiations*; da giugno 2008 a gennaio 2009 - *Post tender and financial close*. Per ulteriori dettagli, si v. FEDERAL HIGHWAY ADMINISTRATION - U.S. DEPARTMENT FOR TRANSPORTATION, *Public-Private Partnerships for Highway Infrastructure*, cit., 2009, pp. 33-34, nonché TEDESCHI, G., *Riflessioni sul mercato delle concessioni autostradali e stradali in Gran Bretagna*, in *PFI "Private Finance Initiative" come fare "Finanza a progetto" per le infrastrutture. Atti di due convegni tenutisi a Milano con il patrocinio del Consolato Generale Britannico*, Milano, 1998, p. 81 e ss.

La cronologia dei tempi della prima tranche dei progetti DBFO – A69, A417/A419, A1(M), M1-A1 – è riportata da DEBANDE, O., *Private Financing of Transport Infrastructure an Assessment of the UK Experience*, in *Journal of Transport Economics and Policy*, 2002, 3, p. 376.



Fonte: HM TREASURY, *PFI: meeting the investment challenge*, 2003, p. 50 e *PFI: strengthening long-term partnerships*, 2006, p. 21.

Nel rilevare come i tempi risultino eccessivamente lunghi rispetto al *procurement* tradizionale, il Governo ha individuato una serie di contromisure, come la standardizzazione dei contratti al fine di ridurre la durata della fase della negoziazione e iniziative per promuovere il miglioramento dell'*expertise* degli addetti al settore<sup>497</sup>.

## 4.2. Le fonti del finanziamento

Con la fase della *finalcial close*, viene definito e reso operativo il finanziamento del progetto. Le fonti del finanziamento sono due: il capitale proprio della SPV costituito dai conferimenti dei promotori (*equity*) e il capitale di debito (*debt*) in una proporzione da 10:90 a 40:60<sup>498</sup>.

Come azionisti (*shareholders*), gli investitori in *equity* sono i proprietari della SPV, la quale assume i rischi connessi alla realizzazione dell'opera. Gli utili del loro investimento si generano lungo tutta la durata del progetto e risultano

<sup>497</sup> Si v. no i citati documenti dell'HM TREASURY (*PFI: Meeting the Investment Challenge*, 2003 e *PFI: Strengthening Long-Term Partnerships*, 2006), nonché le osservazioni contenute al riguardo nella relazione di E. FARQUHARSON, *Managing PFI Projects in the United Kingdom*, in G. SCHWARZE, A. CORBACHO, K. FUNKE, *Public investment and public-private partnership: addressing infrastructure challenges and managing fiscal risk*, Atti del Seminario svoltosi a Budapest, International Monetary Fund, 2008, p. 187 ss.

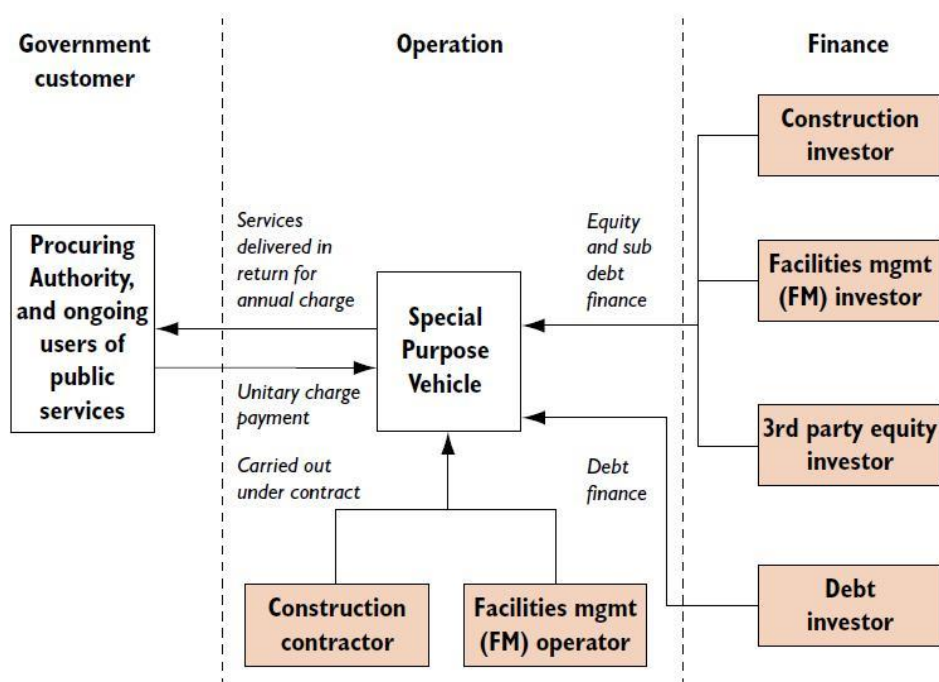
<sup>498</sup> Il dato aggregato è di O. DEBANDE, *Private Financing of Transport Infrastructure an Assessment of the UK Experience*, cit., p. 365.



massimizzati ove siano raggiunti i requisiti di *performance*. In ogni caso, gli azionisti beneficeranno degli utili solo dopo il pagamento dei costi di gestione e delle obbligazioni derivanti dalla remunerazione del capitale di debito.

Occorre inoltre considerare che la remunerazione del *debt finance* – il cui pagamento, come si è detto, è privilegiato rispetto all’*equity finance* – è stabilita ad un tasso di interesse di norma fisso (*debt margin*). Conseguentemente, gli azionisti assumono sì un rischio maggiore, ma beneficiano anche degli eventuali extraprofitti una volta che siano state integralmente adempiute le obbligazioni legate ai prestiti iniziali.

La struttura di un progetto PFI sotto il profilo del finanziamento è tratteggiata nella figura di fianco.



Fonte: HM TREASURY, *PFI: meeting the investment challenge*, 2003, p. 37.



Gli *equity investors* possono essere classificati in relazione al momento in cui interviene l'investimento azionario e alla tipologia del medesimo<sup>499</sup>. Sotto il primo profilo, si parla di *primary* e *secondary investors* a seconda che l'investitore assume un ruolo guida nello sviluppo del progetto e abbia un interesse quale sub-contraente nella SPV, oppure intervenga in un progetto iniziato (tipicamente dopo che la costruzione è stata completata). Sotto il secondo profilo, si distinguono in *Industry sponsors*, *Institutional* e *Financial investors*, a seconda che lo scopo dell'investimento siano gli utili di esercizio dell'impresa o i rendimenti azionari.

Nella maggior parte dei casi, è accaduto che gli *equity investors* siano le stesse società di costruzione con le quali la SPV ha stipulato il *Construction contract* (si cfr. par. 4.1.). Tra di esse, le società dei gruppi John Laing e Amec. Non mancano inoltre *facilities management companies*. Continua invece ad essere meno sviluppata la partecipazione di investitori istituzionali o del mercato di capitali (*private equity funds*, fondi sovrani e *equity funds* nel portafoglio di fondi pensione e assicurativi)<sup>500</sup>.

Il capitale in *equity*, oltre che dalle azioni (*ordinary shares*), può essere integrato di una quota di prestiti a lungo termine (*subordinated debt*), sottoscritti anche da parte degli stessi investitori in *equity*.

La parte di capitale di *debt* del progetto è invece oggetto di contratti di finanziamento bancario con ricorso a prestiti a breve e lungo termine (*bank debt*); in qualche occasione vi è stato l'intervento della Banca Europea per gli Investimenti<sup>501</sup>, ovvero il ricorso al mercato di capitali (tipicamente secondo lo schema *bond-financed*). Il costo del ricorso al finanziamento privato, in qualsiasi forma, supera il costo degli strumenti di prestito pubblico<sup>502</sup>.

<sup>499</sup> La classificazione è illustrata in HM TREASURY, *A new approach to public private partnerships*, 2012, p. 30.

<sup>500</sup> Tale peculiarità è stata rilevata sin dalle prime analisi del modello; così, in particolare, N. FALCONER, E. ALEMAGNA, *Private Finance Initiative. L'esperienza britannica e l'Italia: infrastrutture stradali e autostrade*, in AA.VV., *PFI "Private Finance Initiative" come fare "Finanza a progetto" per le infrastrutture. Atti di due convegni tenutisi a Milano con il patrocinio del Consolato Generale Britannico*, Milano, 1998, p. 73. Per un'analisi delle varie tipologie di *equity investors* in relazione al rischio che sono in grado di assumere e sulla possibilità di introdurre livelli quantitativi minimi di finanziamento in *equity*, si v. OECD-INTERNATIONAL TRANSPORT FORUM, *Better Regulation of Public-Private Partnerships for Transport Infrastructure*, 2013, pp. 28-30.

<sup>501</sup> Dal 2000 la BANCA EUROPEA PER GLI INVESTIMENTI ha sottoscritto contratti di finanziamento del valore di oltre 6 miliardi di sterline per progetti nel Regno Unito (HM TREASURY, *A new approach to public private partnerships*, cit., p. 81). Gli investimenti riguardano anche le autostrade (come avvenuto, ad esempio, nel progetto della M25 - si v. appendice).

<sup>502</sup> Si tratta di uno degli svantaggi del modello della PFI segnalati nello studio condotto da DELOITTE, *Building Flexibility: New Delivery Models for Public Infrastructure Projects*, 2006, p. 3. Tra le ragioni dei maggiori costi, non solo maggiori tassi, ma anche la necessità di accompagnare il prestito con altri strumenti - *insurance*, *hedging* e altri *financial instruments* - atti a controbilanciare i rischi del progetto (OECD-INTERNATIONAL TRANSPORT FORUM, *Better Regulation of Public-Private Partnerships*, cit., pp. 20-21).

### Dati di contesto sul sistema bancario inglese

Già a partire dagli anni '70, il mercato delle deposit banks – fino ad allora in larga misura controllato dalle c.d. “Big Five” (Barclays, Lloyds, Midland, National Provincial, Westminster) – ha visto l'ingresso di nuovi istituti di credito, ivi comprese banche estero, confermando l'apertura internazionale del sistema bancario, già caratterizzato in questo senso.

Secondo l'ultima rilevazione della Bank of England<sup>503</sup>, sono 158 le banche con sede nel Regno Unito (*UK incorporated*), 76 le banche dell'AEE (Area Economica Europea) autorizzate ad operarvi (*incorporated in the EEA entitled to accept deposits through a branch in the UK*), 80 le banche esterne all'AEE autorizzate ad operare in UK (*incorporated outside the EEA authorised to accept deposits through a branch in the UK*), 32 le banche autorizzate nell'AEE all'apertura di filiali ma non ad accettare depositi in UK (*authorised in the EEA entitled to establish branches in the UK but not to accept deposits in the UK*).

Nell'analisi del sistema economico, possono essere sinteticamente individuate le seguenti linee di tendenza<sup>504</sup>:

- elevata finanziarizzazione del sistema;
- ruolo dei mercati prevalente su quello degli intermediari bancari;
- propensione delle famiglie per l'investimento in capitale di rischio, rispetto ai depositi e ai titoli a reddito fisso;
- propensione delle imprese a finanziarsi con capitali di rischio piuttosto che mediante indebitamento bancario;
- forte ruolo delle società assicurative e dei fondi pensione;
- esposizione bancaria largamente indirizzata verso le famiglie;
- grande internazionalizzazione della City londinese.

Stante la notevole incidenza del settore finanziario, l'economia britannica sta ancora subendo le conseguenze della crisi scoppiata nel 2008, che nel Regno Unito ha sortito effetti di particolare gravità<sup>505</sup>.

I prestiti bancari sono considerati lo strumento di finanziamento più efficiente fino all'inizio della fase operativa, in cui – a fronte del superamento dell'incertezza

<sup>503</sup> Si v. *List of Banks as compiled by the Bank of England as at 31 august 2014*.

<sup>504</sup> C. GOLA, A., ROSELLI, *Verso un sistema bancario e finanziario europeo? Il sistema bancario del Regno Unito e la riforma della vigilanza*, Quaderni di Ricerche dell'Ente per gli studi monetari, bancari e finanziari Luigi Einaudi, 2003, n. 42, in [www.enteluigieinaudi.it/it/Pubblicazioni/QuaderniRicerche](http://www.enteluigieinaudi.it/it/Pubblicazioni/QuaderniRicerche).

<sup>505</sup> Per un'analisi delle ragioni storico-politiche della crisi, si rinvia alla prefazione di F. FORTE, e C. MAGAZZINO, *La politica economica di Margaret Thatcher*, Milano, 2010.

associata alla realizzazione dell'opera – diviene più reattivo il mercato dei capitali<sup>506</sup>.

Il costo del capitale bancario è tuttavia il più elevato (ma in ogni caso inferiore agli investimenti in *equity*).

Il *debt margin* viene remunerato mediante il flusso di cassa del progetto. Pertanto, dalla capacità del progetto di determinare i ricavi deriva la c.d. *bankability* ossia la capacità del progetto stesso di attrarre gli investimenti degli istituti di credito.

Questi ultimi sono assistiti da privilegi di grado più elevato sul flusso di cassa in quanto finanziatori del *senior debt*, il quale – costituendo la base di avvio del progetto – rappresenta il “*top tier of finance*”<sup>507</sup>.

Il diritto di rivalersi sul patrimonio degli *sponsors* è invece generalmente limitato (*limited recourse loan*)<sup>508</sup>. Assume quindi primaria importanza per la partecipazione degli istituti di credito al finanziamento del progetto l'accordo diretto che, di norma, gli stessi stipulano con l'amministrazione concedente, sia ai fini informativi sia sotto il profilo delle garanzie (in quanto consente di escludere la necessità di garanzie reali di difficile costituzione).

Con tale accordo si concede inoltre ai soggetti finanziatori di subentrare nel rapporto concessorio nel caso in cui l'autorità governativa intenda procedere alla revoca della concessione a causa dell'insolvenza o grave inadempimento della società concessionaria. Ai finanziatori viene in particolare garantito un termine per individuare un nuovo soggetto con il quale prosegue automaticamente il rapporto concessorio, prima che vi proceda la parte pubblica.

Spesso, nel corso della concessione, il debito bancario viene rinegoziato in termini più agevolati. Si parla quindi di rifinanziamenti, i quali possono assumere forme diverse: riduzione dei tassi d'interesse; riduzione del profilo di rischio e rilascio di garanzie a favore dei finanziatori; aumento della leva finanziaria (cioè l'ammontare del debito rispetto all'*equity*).

La ripartizione dei proventi dei rifinanziamenti è una questione di rilievo. La prassi contrattuale vuole che siano incluse specifiche clausole per la determinazione e la ripartizione con l'amministrazione degli introiti derivanti da eventuali

---

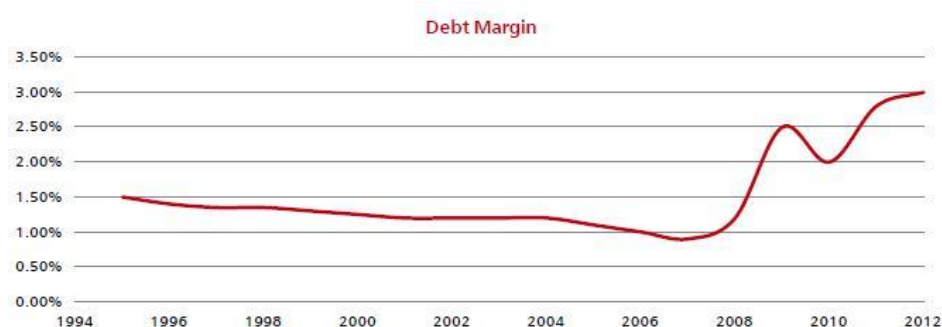
<sup>506</sup> DEBANDE, O., *Private Financing of Transport Infrastructure an Assessment of the UK Experience*, cit., p. 365.

<sup>507</sup> L'espressione è usata nel documento OECD-International Transport Forum, *Better Regulation of Public-Private Partnerships*, cit., p. 28.

<sup>508</sup> N. FALCONER, E. ALEMAGNA, *Private Finance Initiative. L'esperienza britannica e l'Italia: infrastrutture stradali e autostrade*, cit., p. 79.

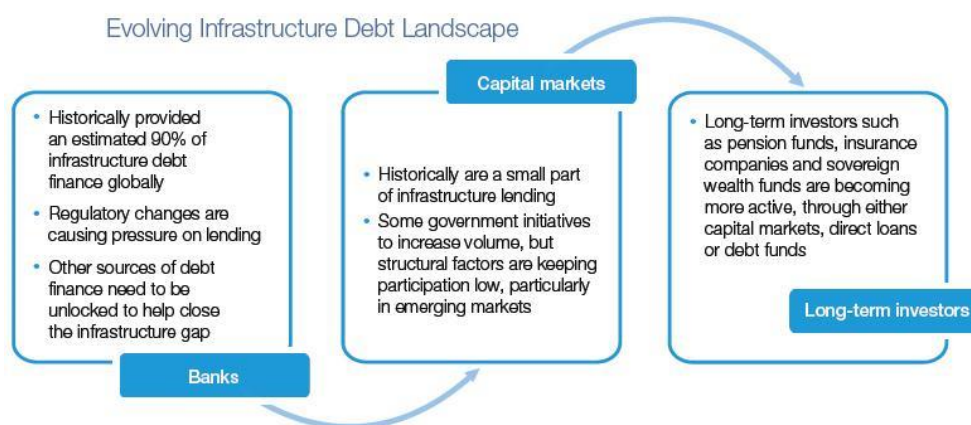
rifinanziamenti, piuttosto che ricorrere a rinegoziazioni libere<sup>509</sup>. Non si può infatti ritenere che i benefici finanziari dei rifinanziamenti spettino esclusivamente agli azionisti della società di progetto, poiché solo in parte possono essere giustificati dai buoni risultati da essa raggiunti, mentre in larga misura possono derivare dalle migliorate condizioni macroeconomiche o dalla maggiore fiducia che i finanziatori mostrano verso un mercato specifico.

È stato osservato che, in relazione alla crisi finanziaria, la disponibilità delle banche per investimenti a lungo termine è diminuita e il *debt margin* per progetti di infrastrutture è aumentato bruscamente.



Fonte: HM TREASURY, *A new approach to public private partnerships*, 2012, p. 77.

A fronte delle mutate condizioni del sistema bancario, stanno emergendo – quali *Long-term Investors* – altri investitori istituzionali, quali fondi pensione, compagnie assicurative e fondi sovrani.



Fonte: WORLD ECONOMIC FORUM, *Infrastructure Investment Policy Blueprint*, 2014, p. 12.

<sup>509</sup> Si v. sul punto il Chapter 34 del documento *Standardisation of PFI Contracts*, 2007.

Nella maggior parte dei casi, i prestiti iniziali sono concessi dalle banche a breve termine e vengono estinti – dopo la fase di costruzione – con il rifinanziamento del progetto mediante l'emissione di quote azionarie della SPV ovvero di nuovi *bonds*. È questo il momento in cui i fondi pensione e altri investitori a lungo termine intervengono, poiché sono generalmente avversi ai rischi associati alle fasi iniziali del ciclo finanziario delle PPP e puntano ad una remunerazione prevedibile nella fase operativa<sup>510</sup>.

In questo contesto, è recentemente sorta la UK Pensions Infrastructure Platform (PIP), su modello dell'australiana IFM Investors<sup>511</sup>. La creazione della piattaforma è stata annunciata nel 2011, quando il Governo ha sottoscritto un Memorandum of Understanding con la National Association of Pension Funds (NAPF) e il Pension Protection Fund (PPF) per favorire lo sviluppo di una nuova struttura comune di ausilio ai fondi pensione nell'aumentare gli investimenti infrastrutturali («*aggregated infrastructure fund “for pension funds, managed by pension funds”*»). Sulla piattaforma convergono 1.200 fondi, con *assets* di 800 miliardi di sterline<sup>512</sup>.

Con riferimento al finanziamento del PF2, il Governo ha inoltre individuato alcune misure di intervento pubblico<sup>513</sup>, prima fra tutte l'assunzione del ruolo di *minority equity co-investor*, eventualmente accompagnata da una selezione degli investitori su una quota dell'azionariato (*equity funding competition*), al fine di rendere più attrattivi, sin dall'inizio, i progetti per gli investitori a lungo termine.

Sempre al fine di incentivare tale tipologia di investimenti, è stato lanciato il programma UK Guarantees, un fondo pubblico che – per i progetti di rilievo – offre agli investitori garanzie principalmente nella fase della costruzione. Nel 2012 è stata creata la UK Green Investment Bank, posseduta dal Department for Business, Innovation and Skills, il cui scopo sociale è di attrarre fondi per finanziare interventi privati finalizzati alla tutela e miglioramento ambientale.

Il Governo ha infine seguito alcuni progetti pilota con lo schema *Credit Guarantee Finance*, in cui il prestito è erogato direttamente dallo Stato, ma è integralmente garantito nella copertura del rischio dai privati cui è corrisposto un corrispettivo (*risk premium*). Si tratta di un approccio che mira a combinare il

---

<sup>510</sup> Così si osserva in OECD-International Transport Forum, *Better Regulation of Public-Private Partnerships*, cit., p. 9.

<sup>511</sup> Predecentemente denominata Industry Found Management.

<sup>512</sup> WORLD ECONOMIC FORUM, *Infrastructure Investment Policy Blueprint*, 2014, p. 11.

<sup>513</sup> Le proposte richiamate sono illustrate nel documento HM TREASURY, *A new approach to public private partnerships*, pp. 30-35 e 78.

minor costo del finanziamento pubblico e l’assunzione del rischio da parte del settore privato<sup>514</sup>.

In aggiunta alla linea di azione governativa sopra illustrata, il Select Committee on Economic Affairs della House of Lords – muovendo dall’apprezzamento del accresciuto ruolo della Banca europea per gli Investimenti durante la crisi finanziaria – ha esaminato la possibilità di istituire una National Infrastructure Bank, la quale potrebbe aiutare a far confluire sui progetti infrastrutturali gli investimenti dei fondi pensione, nel presupposto che una banca non commerciale offra migliori garanzie rispetto ad investimenti a lungo termine direttamente nel settore privato<sup>515</sup>.

## 5. La regolazione del rapporto

In tutti i modelli di PPP, l’atto che individua le obbligazioni delle parti è il contratto (nella quasi totalità dei casi, come si è detto, un contratto DBFO), cui sono allegare le specifiche tecniche.

Le condizioni di base sono definite alla luce degli *standard* contrattuali (v. *supra* parr. 1 e 4). Le regole sulla responsabilità (*rule of liability*) – per esempio, al fine determinare se il contratto è stato concluso, oppure se vi è stato un inadempimento contrattuale (*breach of contract*) per invocare i relativi rimedi – sono quelle della *ordinary private law of contract*<sup>516</sup>.

Quanto alla ripartizione del rischio tra le parti, il partner privato è chiamato ad assumere la maggior parte dei rischi del progetto, considerando il costo "a vita intera" ("*whole life cost*") dell’opera.

Nell’esperienza della Highways Agency, è emerso che una "*robust, auditable allocation of risk*" è preferibile rispetto al trasferimento integrale del rischio. Nella generalità dei casi, l’allocazione dei rischi tra la parte pubblica e quella privata è determinata come riportato nella tabella seguente.

---

<sup>514</sup> Per maggiori dettagli su tale iniziativa, si rinvia al documento dell’HM TREASURY *PFI: Meeting the Investment Challenge*, 2003, pp. 108-110.

<sup>515</sup> Si v. il documento *Private Finance Projects and Off Balance Sheet Debt*, 2010, pp. 15-16.

<sup>516</sup> Così, S. ARROWSMITH, *The law of Public And Utilities Procurement*, London, Sweet and Maxwell, 2007, § 2.1.

Risk	Public	Private
Design		○
Land Acquisition	○	
Environmental Compliance		○
Construction		○
Geotechnical		○
Utility Relocation		○
Operations and Maintenance		○
Appropriations*		○
Latent Defects		○ **
Change in Law		○
Force Majeure	○	
Competing Facilities		○ ***
*Assumes direct payment funding approach, **Depends on contract, ***Limited restrictions on public sector		

Fonte: Federal Highway Administration - U.S. Department for Transportation, *Public-Private Partnerships for Highway Infrastructure: Capitalizing on International Experience*, International Technology Scanning Program, 2009, p. 25.

A sua volta, il partner privato rialloca i rischi in modo che gli stessi vadano a ricadere sui soggetti coinvolti nello schema contrattuale maggiormente capaci a fronteggiarli. Tipicamente<sup>517</sup>:

- 1) il *construction contractor*, nell'ambito del sub-contratto con la SVP, assume il rischio della progettazione, costruzione e completamento dell'opera;
- 2) gli altri *service providers*, anch'essi nell'ambito di un contratto del sub-contratto con la SPV, assumono il rischio connesso alla fornitura del servizio reso;
- 3) le compagnie di assicurazione tengono indenni dai rischi di danni e di interruzione dell'attività;
- 4) la SPV con i suoi azionisti e gli investitori assumono quindi i rischi residuali, in primo luogo il rischio del credito in relazione alle *performance* dei sub-contraenti.

Quello della ripartizione del rischio è un aspetto problematico soprattutto per quanto concerne la verifica del fatto che la remunerazione richiesta dal privato sia proporzionata alla propria esposizione<sup>518</sup>.

<sup>517</sup> HM TREASURY, *PFI: Meeting the Investment Challenge*, 2003, p. 37.

Mentre nei contratti di costruzione affidati con il *conventional procurement* il contraente è pagato a conclusione dei lavori alla consegna dell'opera progettata, nello schema del DBFO la parte privata – oltre all'obbligazione di costruire l'opera – assume anche quella della sua gestione e manutenzione per la durata del contratto, in genere trentennale.

Il principale meccanismo di remunerazione del partner privato utilizzato dalla Highways Agency è lo *shadow toll payment mechanism*. Nei primi contratti il corrispettivo era essenzialmente legato ai volumi del traffico, in quelli più recenti sono stati introdotti *key performance indicators* (KPIs).

I fattori da cui dipende la determinazione del corrispettivo possono essere così sintetizzati:

- 1) *utilizzo/domanda (usage/demand)* – il corrispettivo è commisurato al numero dei veicoli con riguardo al kilometraggio del tratto e aumenta nel tempo secondo una formula di indicizzazione. In alcuni contratti, è legato al traffico a bande (si veda, ad esempio, relativo al progetto sulla A69) e alla lunghezza dei veicoli;
- 2) *disponibilità del servizio* – quando il progetto riguarda un tratto autostradale esistente con uno o più lavori di costruzione lungo la sua lunghezza, il corrispettivo è oggetto di una riduzione commisurata alla disponibilità del tratto nel suo complesso;
- 3) *performance* – la previsione di corrispettivi per migliorare la sicurezza del tratto gestito (*safety performance payments*) è finalizzata ad incentivare il partner privato a proporre progetti di miglioramento aggiuntivi. Se un progetto di miglioramento viene approvato, i lavori di costruzione sono integralmente finanziati dal partner privato, che viene ricompensato ricevendo il 25% del minor costo per ogni incidente stradale evitato nel successivo periodo di cinque anni. Naturalmente, secondo il fattore *sub 2)*, il corrispettivo viene ridotto durante i lavori (*lane closure charges*): l'importo della riduzione dipende dal numero di corsie chiuse, dalla durata della chiusura e dalla conseguente intensità del traffico.

La Highways Agency ha inoltre messo appunto due ulteriori meccanismi di pagamento: l'*availability payment mechanism* e l'*active management payment mechanism*.

---

<sup>518</sup> Si v. sul punto la ricostruzione di L. BING, A. AKINTOYE, P.J. EDWARDS, C. HARDCASTLE, C., *The allocation of Risk in PPP/PFI Construction Projects in the UK*, in *International Journal of Project Management*, 2005, p. 23 e ss.



Nell'*availability payment mechanism*, la commisurazione del corrispettivo è basata sui seguenti fattori: disponibilità delle corsie; "pedaggi ombra" per mezzi pesanti e pubblici di linea; corrispettivi per la sicurezza; affidabilità del tempo di percorrenza, soprattutto al fine di incentivare l'uso dei mezzi pubblici di linea. In particolare, i pagamenti tengono conto del numero di corsie carreggiata disponibili e l'ora del giorno: i pagamenti per mantenere il tratto autostradale disponibile nelle ore di punta (*peak hours*) saranno superiori ai pagamenti per le ore di non di punta (*off-peak hours*).

L'*active management payment mechanism* (AMPM) è un meccanismo che tiene conto di due aspetti: la gestione dell'intensità del traffico (*congestion management*) e la *performance*, con particolare riferimento alla sicurezza (*safety performance adjustment*).

Il *congestion management* incentiva il partner DBFO a gestire attivamente il progetto per ridurre la congestione sul tratto, individuandone le cause, e aumentare l'affidabilità dei tempi di percorrenza. Sono presi in considerazione i benefici – rispetto all'intero ciclo di vita dell'infrastruttura – della consegna anticipata dei progetti, dei miglioramenti sulla sicurezza e della corretta pianificazione della manutenzione per minimizzare la perdita della disponibilità nei momenti punta<sup>519</sup>.

Con il *safety performance adjustment*, il corrispettivo è inoltre connesso al numero di incidenti stradali che si verificano sul tratto del progetto rispetto ad un parametro di riferimento di strade comparabili.

Secondo le clausole AMPM, il pagamento del corrispettivo è effettuato integralmente, se la velocità di percorrenza nel tratto stradale rimane al di sopra della velocità di riferimento.

Il pagamento sarà ridotto in misure percentuali (*deductions*), se il valore scende al di sotto. Anche in questo caso, è previsto comunque il pagamento integrale se il traffico supera la capacità del tratto stradale. È inoltre stabilita una graduazione del livello di riduzione del corrispettivo che tenga conto della velocità (nel *range* compreso tra una velocità minima e una di una velocità *target*) e della capacità (compresa tra l'80% e il 100%). Se il flusso supera il 110% e la velocità supera la velocità minima, l'operatore ha diritto ad un *bonus*. Il *bonus* massimo che può essere percepito è del 20% del corrispettivo orario della sezione stradale, se il flusso supera il 120% della capacità e la velocità supera la velocità *target*.

---

<sup>519</sup> Sul tema della misurazione della *performace* in relazione agli obblighi di manutenzione si v. in particolare D.J. BRYDE, D. BROWN, *The influence of a project performance measurement system on the success of a contract for maintaining motorways and trunk roads*, in *Project Management Journal*, 2004, 4, p. 57 e ss.

Nella figura che segue sono riepilogati, a titolo esemplificativo, i *key performance indicators* (KPIs) del contratto relativo al progetto della M25.

KPI Area	Measurement
<b>Lane Availability</b>	Deductions for lanes closed Deductions based on delay cost model No deductions for: Agreed closures on sections during widening Core nighttime period Incidents and accidents
<b>Route Performance</b>	Monthly deduction or bonus Assessment over specified routes
<b>Condition Criteria</b>	Deductions for: Substandard carriageway Lanes seriously affected by snow or ice Loss of technology systems
<b>Safety Performance</b>	Annual deduction or bonus Comparison of M25 with national safety trends
<b>Proactive Management</b>	Annual bonus Assessment of commitment to agency objectives

Fonte: FEDERAL HIGHWAY ADMINISTRATION - U.S. DEPARTMENT FOR TRANSPORTATION, *Public-Private Partnerships for Highway Infrastructure: Capitalizing on International Experience*, International Technology Scanning Program, 2009, p. 42.

Quanto agli strumenti di controllo, nel documento *Standardisation of PF2 Contracts*, si ritiene necessario «[...] a mechanism under the Contract which enables the Authority to monitor the Contractor's performance against the payment mechanism so that the payment mechanism can operate effectively. The Authority should also be able to identify other performance problems so that any other remedies for poor performance can be pursued if necessary.».

Per i contratti DBFO, la Highways Agency e la controparte privata nominano rappresentanti per monitorare la conformità della costruzione, manutenzione e gestione dell'infrastruttura agli obblighi contrattuali.

Un aspetto fondamentale è quello di garantire che siano rispettati i termini del contratto alla scadenza. In particolare, al fine di assicurare che l'infrastruttura autostradale sia consegnata alla parte pubblica in condizioni idonee al servizio senza che siano necessari importanti investimenti in lavori di manutenzione dopo la fine del contratto, il modello di contratto DBFO prevede una clausola che individua la

"vita residua" ("*residual life*") di parti dell'opera alla momento della restituzione (ad esempio, è stabilito che almeno l'85% della pavimentazione stradale abbia una vita residua di 10 anni alla riconsegna). Nei cinque anni precedenti la consegna sono effettuati sopralluoghi e viene concordato un programma di lavori per garantire che lo *standard* richiesto possa essere raggiunto al momento della cessazione contratto. Il risultato dei lavori è quindi oggetto di collaudo diciotto mesi prima della fine del contratto per verificare che siano stati effettuati come concordato.

## 6. Le forme di autotutela

La parte pubblica dispone di prerogative speciali, le quali sono riconosciute sia nell'ambito della fase a monte della pianificazione dell'opera, sia nell'ambito del rapporto contrattuale.

Nel *Planning Act* viene sancito il potere di modifica e revoca del provvedimento autorizzatorio (Section 153 – Schedule 6 Changes to, and revocation of, orders granting development consent)<sup>520</sup>.

Il potere di modifica attiene ai "*non-material changes*" e può essere esercitato: «(a) *to impose new requirements in connection with the development for which consent is granted by the development consent order; (b) to remove or alter existing requirements*». Ove le modifiche siano considerate "*material*", può essere esercitato il potere di revoca, previa presentazione ed esame di un'*application* (da parte dello stesso *applicant*, delle autorità locali e di altri interessati)<sup>521</sup>, ovvero d'ufficio se: «(a) *the development consent order contains a significant error, and (b) it would not be appropriate for the error to be corrected*». A queste ipotesi, si aggiunge quella in cui il Secretary of State ritenga che ci sia una violazione del diritto comunitario, dello *Human Rights Act* del 1998 o altre circostanze eccezionali.

Sia in caso di modifica che di revoca, ove siano state sostenute delle spese per l'inizio di lavori, è previsto il diritto a richiedere il pagamento di un indennizzo (*claim for compensation in respect of certain losses*).

<sup>520</sup> Ulteriori disposizioni di dettaglio sono contenute nelle *Infrastructure Planning (Changes to, and Revocation of, Development Consent Orders) Regulations* del 2011.

<sup>521</sup> Le Regulations del 2011 (*supra cit.*) stabiliscono al riguardo un elenco di soggetti nei cui confronti si deve procedere a consultazione e notifica dell'*application*.

Con riferimento alle prerogative nell'ambito del rapporto contrattuale, la normativa sul *Concession Agreement* ammette il recesso della parte pubblica (*voluntary termination by Authority*). La Section 1.4 del *New Roads and Street Works Act* del 1991 impone al riguardo la previsione di una disciplina negoziale delle conseguenze in termini di indennizzo nei confronti del concessionario («*A concession agreement relating to the design and construction of a special road shall provide that if the special road scheme authorising the provision of the road is not made or confirmed, or if the highway authority decide not to proceed with the proposed road, the authority shall pay to the concessionaire such compensation in respect of costs incurred by him as may be determined in accordance with the agreement*»).

Una certa preminenza della parte pubblica si manifesta anche nell'ipotesi inversa in cui sia il concessionario a non completare l'opera (*contractor default*): in tale ipotesi la Section 1.5 del medesimo *Act* richiede che l'accordo con il concessionario preveda un indennizzo nei confronti della parte pubblica, il quale non pregiudica altre forme di responsabilità («*A concession agreement relating to the design and construction of a special road shall provide that if the concessionaire fails to complete the road in accordance with the agreement, he shall, without prejudice to any other liability, pay to the highway authority such compensation as may be determined in accordance with the agreement in respect of costs incurred by them. Those costs shall be taken to include the relevant administrative expenses of the authority, including an appropriate sum in respect of general staff costs and overheads*»)<sup>522</sup>.

Occorre inoltre segnalare che i contratti DBFO stipulati dall'Highways Agency – oltre a clausole che, come si è detto, stabiliscono sistemi di *deductions for poor performance*<sup>523</sup> – contengono il c.d. *penalty point mechanism*. Ove si verificano eventi qualificabili come inadempimento, è prevista la contestazione di punti di penalità; superato il numero massimo, è stabilito il diritto della parte pubblica di recedere dall'accordo.

Un altro rimedio in caso di mancato raggiungimento dei livelli di *performance* fissati nel contratto è l'esercizio di poteri sostitutivi (c.d. *right to step in*), ossia il diritto di intervenire in luogo dell'operatore imputandogli i costi.

Nel documento *Standardisation of PF2 Contracts*, l'intervento sostitutivo della parte pubblica risulta così declinato:

---

<sup>522</sup> Sulla cessazione anticipata del contratto, si v. anche il successivo par. 7.

<sup>523</sup> Si cfr. sul punto par. 5.

- per prevenire o ridurre rischi connessi a salute, sicurezza, ambiente («*where there is a need to prevent or mitigate a serious risk to health, safety (person or property) or the environment*»);
- per l'adempimento di obblighi di legge («*where it is necessary to discharge a statutory duty*»);
- per fronteggiare emergenze («*where there is an emergency (an event threatening death, injury, damage, contamination or serious disruption to persons, property or the environment) which requires the assistance of the Authority and/or the emergency services*»).

Viene inoltre specificato che il potere sostitutivo della parte pubblica può sorgere in relazione a questioni estranee all'oggetto del contratto o in conseguenza dell'inadempimento, da parte della controparte, delle sue obbligazioni («*may arise due to matters outside the scope of the work of the Contractor or may arise due to the Contractor being in breach of certain of its obligations under the Contract*»).

## 7. Il sistema delle garanzie

Il modello della PFI si caratterizza per una certa flessibilità, potendosi determinare modifiche contrattuali (*changes*).

I *key flexibility rights* attribuiti alla parte pubblica sono così articolati<sup>524</sup>:

- la parte pubblica ha la facoltà di richiedere modifiche relativamente agli aspetti della costruzione o del servizio reso, previo accordo con il partner privato sui costi;
- al fine di assicurare che sia mantenuto il *value for money*, per le modifiche di importo superiore a 100.000 sterline, la parte pubblica può richiedere una procedura comparativa per i relativi lavori;
- se è richiesta una modifica alla configurazione del servizio, si può esercitare analoga facoltà per ogni aspetto attinente alla sua erogazione, anch'esso soggetto ad un accordo sui costi, con la possibilità di attivare la procedura comparativa analogamente a quanto in precedenza indicato (ciò in aggiunta alla generale facoltà, nel corso della durata del contratto, di

---

<sup>524</sup> HM TREASURY, *PFI: Meeting the Investment Challenge*, 2003, p. 38.

effettuare una nuova gara per la fornitura del servizio in caso di insolvenza o di grave inadempimento).

È stato calcolato che il 22% dei contratti PFI è stato oggetto di modifiche durante la fase della costruzione sulla base di quanto richiesto dalla parte pubblica<sup>525</sup>.

Una delle criticità principali riscontrate nelle PFI riguarda inoltre la problematica delle modifiche intercorse nella fase operativa: secondo i dati rilevati dal National Audit Office, infatti, le modifiche vengono sfruttate dai partner privati per aumentare i propri profitti<sup>526</sup>.

Nel modello del *Concession Agreement* è prevista la possibilità per la parte pubblica di richiedere variazioni «*in the design, quality, or quantity of the works, and may include additions, substitutions, alterations in design, and variations in the technical requirements*». Ove richieste, la parte privata ha diritto di ricevere corrispettivi aggiuntivi (a copertura dei costi diretti e indiretti della modifica) e, ove necessario, una variazione dei termini di adempimento (ad esempio del termine fissato per il completamento dei lavori)<sup>527</sup>.

Nei contratti DBFO vi è la tendenza a limitare a livello negoziale le possibili modifiche dell'oggetto del contratto, individuando al contempo un metodo di regolazione del meccanismo di pagamento dei corrispettivi che tenga conto della variazione dei costi e degli effetti sul flusso di traffico. Le modifiche che possono essere richieste sono la variazione delle specifiche di progettazione, costruzione, manutenzione del progetto e lavori complementari (cioè, in aggiunta ai *road*

<sup>525</sup> Il dato è riportato nello stesso documento *PFI: Meeting the Investment Challenge*, sopra cit., p. 38.

<sup>526</sup> NATIONAL AUDIT OFFICE, *Making Changes in Operational PFI Projects*, 2008 e HOUSE OF COMMONS – COMMITTEE OF PUBLIC ACCOUNTS, *HM Treasury. Making Changes in Operational PFI Projects*, 2008.

<sup>527</sup> Così, a titolo esemplificativo, nella clausola 8 del *Concession Agreement* della M6 Toll-Road, riportata nella decisione [2006] EWHC 1505 TCC (v. *supra*): «Clause 8 of the Concession Agreement deals with department's changes. Clause 8 provides: "8.1 The department's agent may at any time prior to the issue of the maintenance certificate issue a request in writing to the concessionaire for a department's change ... "8.1.3 Where, in the opinion of the concessionaire, a department's change would require additional payment to the contractor or the grant of an extension to the period for completion for the purposes of the construction contract or lead to an additional expense to the concessionaire or any associate to whom there has been an assignment pursuant to clause 35.2 or lead to a reduction or delay in revenue from or an increase in the operating or maintenance costs of the project ... the concessionaire shall furnish the department's agent within 28 days of the request or, as the case may be, of agreement or final determination to proceed with the department's change following an objection pursuant to clause 8.1.2 ... with a statement of the order of magnitude of: "8.1.3.1 The value of the additional payment, if any, to the contractor and/or the concessionaire relating to the proposed works; "8.1.3.2 The length of any extension of time which the concessionaire believes the contractor would be entitled to under the construction contract and the concessionaire would be entitled to under the concession agreement; "8.1.3.3 The amount of any direct loss and/or expense to which the contractor may be entitled under the construction contract."».

*schemes* inclusi nel progetto). I costi delle modifiche devono superare una soglia prefissata per determinare la revisione del corrispettivo.

La Highways Agency ha recentemente adottato una strategia a due livelli (*two-tiered contract modification strategy*)<sup>528</sup>. Ove si determini un *major change*, viene operata una revisione del contratto (*review*), che può richiedere la negoziazione di un nuovo accordo. Tale clausola di revisione è ad esempio prevista nel contratto per l'affidamento del progetto della M25. Per gli altri casi (variazioni menzionate del contratto, *changes in law*, variazioni richieste dal partner privato o comunque volte ad accogliere proposte migliorative del progetto), si prevede un processo, denominato *step-change process*, attraverso il quale sono apportate modifiche all'accordo in essere.

In caso di cessazione anticipata del rapporto (*early termination*), vi è un elevato grado di tutela dell'affidamento del privato, purché lo stesso non sia incorso in responsabilità. Il documento *Standardisation of PF2 Contracts* si sofferma sulla necessità di definire la disciplina dei pagamenti compensativi (*compensation*) alla luce delle cause che abbiano determinato la cessazione del contratto prima della scadenza («*The intention of the parties to the Contract should be that it will run its full course and terminate on the Expiry Date [...], but the Contract must deal comprehensively with the consequences of early termination. The Contract should specify precisely what compensation is payable if it is terminated early. The amount of compensation payable will depend on the reason for termination*»).

Tra le cause di cessazione anticipata dell'accordo contemplate negli *standard*, vi sono:

- 1) la presenza di rischi non assicurabili (Section 17.9 *Risks that become Uninsurable*);
- 2) il *default* della parte pubblica (Section 23.1 *Termination on Authority Default*) e il *default* del partner privato (Section 23.2 *Termination on Contractor Default*);
- 3) la forza maggiore (Section 23.3 *Termination on Force Majeure*);
- 4) le ipotesi di corruzione e frode (Section 23.4 *Termination on Corrupt Gifts and Fraud*);
- 5) l'inadempimento nella disciplina del rifinanziamento (Section 23.6 *Termination for breach of the Refinancing Provisions*);

---

<sup>528</sup> La sintesi è riportata in FEDERAL HIGHWAY ADMINISTRATION - U.S. DEPARTMENT FOR TRANSPORTATION, *Public-Private Partnerships for Highway Infrastructure*, cit., 2009, p. 37.

- 6) le fattispecie di recesso volontario della parte pubblica (Section 23.5 *Voluntary Termination by Authority* e Section 23.5.4 *Authority Break Points*)<sup>529</sup>.

## 8. La risoluzione delle controversie

Con riferimento al tema delle *Legal Challenges* in materia di infrastrutture, occorre considerare che le stesse possono sorgere sia nella fase di autorizzazione del progetto e di affidamento dei lavori per la sua realizzazione, sia nella fase di esecuzione del contratto (avendo in questo caso ad oggetto gli eventuali conflitti tra amministrazione e parte privata in punto di corretto adempimento delle obbligazioni reciproche).

Per quanto attiene alle controversie nell'ambito del *development consent regime* (v. *supra* par. 3), è stato da più parti notato che la *policy* di semplificazione messa in campo con il *Planning Act* rischia di essere messa in discussione dai ritardi connessi al sistema di impugnativa giurisdizionale degli atti del procedimento mediante *judicial review*. Sebbene l'autorizzazione conservi la sua efficacia in pendenza di giudizio, accade che l'amministrazione sospenda ogni attività finalizzata all'implementazione del progetto. I ritardi sono ritenuti potenzialmente tali determinare, in alcuni casi, l'abbandono dei progetti da parte dei finanziatori.

Negli ultimi anni si è infatti registrata un'ingente crescita del numero di *application* per il *judicial review* – che ha determinato ritardi all'intero sistema – a dispetto del fatto che solo un esiguo numero di giudizi, dopo lo scrutinio di ammissibilità (*permission*), ha esito positivo. Per i casi in materia di *planning consent*, il tempo medio della decisione si attesta sui 370 giorni<sup>530</sup>.

### **Il *judicial review* del progetto Heysham to M6 Link Road (collegamento alla M6)**

Il progetto è stato preceduto da un *development consent order* – il *Lancashire County Council - Torrisholme to the M6 Link (A683 Completion of Heysham to M6 Link Road) - Order 2013*

<sup>529</sup> Per ulteriori dettagli sulle conseguenze del recesso volontario in relazione al finanziamento del progetto si v. par. 9.27 del documento HM TREASURY, *PFI: Meeting the Investment Challenge*, sopra cit., p. 110.

<sup>530</sup> Ultima rilevazione del Ministry of Justice anno 2011.



– adottato sulla base del procedimento autorizzatorio del *Planning Act* (v. *supra* par. 3).

Gli attivisti contro la costruzione del collegamento, riuniti nel Comitato Transport Transport Solutions for Lancaster and Morecambe (TSLM), hanno richiesto il *judicial review* con riferimento alla decisione del Ministro di approvare il progetto.

Tra i motivi di ricorso di TSLM, il fatto che il Lancashire County Council avrebbe omesso di effettuare la consultazione della popolazione locale conformemente a quanto prescritto, che il Ministro non avrebbe valutato adeguatamente l'impatto del progetto a livello locale e avrebbe impropriamente tenuto in considerazione i *National Policy Statements* di altre tipologie di progetti.

Nell'ottobre del 2013, la High Court of Justice - Queen's Bench Division - Administrative Court ha adottato la sua decisione - [2013] EWHC 2937 Admin - respingendo i motivi di ricorso.

La richiesta di *judicial review* ha aumentato i costi del progetto ed ha avuto un impatto sull'inizio dei lavori di costruzione.

Il Governo ha fatto proprie le preoccupazioni riscontrate, con una proposta di riforma del sistema di *judicial review* finalizzata ad accelerare i procedimenti e ridurre il numero delle richieste pretestuose<sup>531</sup>.

Tra le misure adottate nel corso del 2014, vi è l'istituzione di una *Planning Court*, un giudice specializzato competente a decidere in materia edilizia e urbanistica. È stata inoltre proposta la riduzione da 3 mesi a 6 settimane del termine di impugnazione degli atti di concessione e diniego adottati dalle amministrazioni locali ai sensi del *Town and Country Planning Act* del 1990, mentre gli atti di pianificazione generale resterebbero soggetti alla disciplina vigente contenuta nella *rule 54* delle *Civil Procedure Rules*.

Per quanto concerne le controversie relative alla fase dell'affidamento, la direttiva ricorsi è stata attuata nel Regno Unito con l'adozione, il 20 dicembre 2009, delle *Public Contracts (Amendments) Regulations*. Nella proposta di riforma del *judicial review*, si prevede la riduzione a trenta giorni del termine di impugnazione delle decisioni di aggiudicazione e di esclusione adottate sulla base delle predette *Regulations*.

<sup>531</sup> Sugli obiettivi della riforma si v. i documenti *Consultation paper n. 25/2012 Judicial Review Proposal for Reform* e il successivo *Reform of Judicial Review: the Government response*, 2013, in particolare p. 7: «*The combined impact of the reforms in this Government response should be to reduce the pressure on the Administrative Court, discourage people from bringing weak claims, and ensure that if they do, they are filtered out at an early stage in proceedings. The measures are also expected to have a beneficial impact on other types of Judicial Review. In particular, they should help to ensure that any challenges to planning and infrastructure cases are brought more swiftly, and that wider delays to these types of development during the period when legal challenges can be brought are minimised*». Per l'esame delle singole proposte governative si rinvia a B. MARCHETTI, *Efficienza amministrativa e protezione del cittadino nella riforma del judicial review inglese*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, p. 418 e ss.

Con riferimento alla fase dell'esecuzione del contratto, i conflitti con la parte privata sorgono spesso in relazione all'interpretazione della disciplina delle sopravvenienze, in caso di modifiche all'oggetto del contratto e di operatività dei meccanismi di revisione dei corrispettivi.

Al riguardo, nel documento *Standardisation of PFI Contracts*, in regione delle difficoltà riscontrate nell'*enforcement* degli accordi in sede di *litigation*, si osserva: «*As going through the courts may not be appropriate for the disputes that can arise under a PFI contract, an alternative formal dispute resolution procedure may offer a more efficient and cost-effective method of resolving disputes*».

La convinzione che forme di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione siano più rapide ed efficienti è così radicata che, per quanto concerne le *construction disputes*, il diritto della parte di promuovere un'*adjudication* è previsto a livello legislativo. La Section 108 dell'*Housing Grants Construction and Regeneration Act* del 1996 stabilisce al riguardo che:

«(1) *A party to a construction contract has the right to refer a dispute arising under the contract for adjudication under a procedure complying with this section. For this purpose 'dispute' includes any difference.*

(2) *The contract shall (a) enable a party to give notice at any time of his intention to refer a dispute to adjudication, (b) provide a timetable with the object of securing the appointment of the adjudicator and referral of the dispute to him within seven days of such notice, (c) require the adjudicator to reach a decision within 28 days of referral, or such longer period as is agreed by the parties after the dispute has been referred, (d) allow the adjudicator to extend the period of 28 days by up to 14 days with the consent of the party by whom the dispute was referred, (e) impose a duty on the adjudicator to act impartially, and (f) enable the adjudicator to take the initiative in ascertaining the facts and the law.*

(3) *The contract shall provide that the decision of the adjudicator is binding until the dispute is finally determined by legal proceedings, by arbitration (if the contract provides for arbitration or the parties otherwise agree to arbitration), or by agreement. The parties may agree to accept the decision of the adjudicator as finally determining the dispute.*

(4) *The contract shall also provide that the adjudicator is not liable for anything done or omitted in the discharge or purported discharge of his functions as adjudicator unless the act or omission is in bad faith, and that any employee or agent of the adjudicator is similarly protected from liability.*

(5) *If the contract does not comply with the requirements of subsections (1)-(4), the adjudication provisions of the Scheme for Construction Contracts apply».*

Si tratta di un procedimento celere (28 giorni, salvo diverso accordo), con il quale si può pervenire ad una decisione interinale (nelle more della definizione della controversia in sede giurisdizionale o di arbitrato), oppure definitiva e vincolante per le parti. In ogni caso, la decisione dell'*adjudicator* può essere oggetto, entro determinati limiti, di un reclamo giurisdizionale (*claim*).

Nel caso in cui la *dispute* si evolva in *litigation* con l'instaurazione di un *legal proceeding*, giudice competente è la High Court of Justice - Queen's Bench Division - Technology and Construction Court<sup>532</sup>.

Alcuni contratti contengono inoltre clausole arbitrali, le quali prevedono il deferimento della controversia secondo la procedura formalizzata dell'*arbitration*, contenuta nell'*Arbitration Act* del 1996<sup>533</sup>.

Ulteriori forme di ADR utilizzate sono la *mediation* (una forma di conciliazione affidata ad una parte neutrale volta a risolvere le problematiche sorgenti dal contratto prima che si trasformino in *disputes*) e la *expert determination* (la rimessione della decisione della questione controversa ad un esperto).

Quest'ultimo metodo è descritto e suggerito anche nel documento *Standardisation of PF2 Contracts*: « ...*the Authority and Contractor consult with each other for a fixed time period (possibly involving different levels of internal consultation) in an attempt to come to a mutually satisfactory agreement; if consultation fails, the parties may then (except in the case of certain types of dispute) put their case before an expert to decide. The expert is appointed from a panel (e.g. of construction or operation experts) whose appointment is regulated by the Contract. It may be appropriate in certain circumstances to substitute other forms of Alternative Dispute Resolution ("ADR") for this type of expert determination. Disputes relating to the mechanics of price variations may go to a financial expert agreed between the parties at the time, and if either party is dissatisfied with the expert's decision, it may refer the matter either to arbitration (itself a form of ADR) or to the courts for a final and binding decision. The method of appointing the arbitrator should be set out in the Contract.*».

Va infine considerato che la Highways Agency menziona tra i propri impegni quello di stabilire una collaborazione efficace con i partner privati dei contratti DBFO, in particolare per garantire pratiche lavorative cooperative (“*non-adversarial*”), obiettivi allineati e modalità costruttive per risolvere rapidamente eventuali problematiche.

<sup>532</sup> Costituisce un *leading case* in materia il contenzioso sorto con riferimento al *Construction Agreement* tra MEL e CAMBBA nell'ambito della concessione per la costruzione della M6 (v. *supra*).

<sup>533</sup> In tale ambito si veda, ad esempio, l'attività svolta dalla *London Court of International Arbitration*.

## Executive Summary

Nell'ordinamento del Regno Unito, la materia delle infrastrutture rappresenta il terreno di elezione per testare il grado di integrazione tra pubblici poteri e finanza privata. La progettazione di un'infrastruttura presuppone a monte l'esercizio dei poteri pubblicistici di pianificazione; la sua realizzazione e gestione richiede il coinvolgimento dei privati in *partnership* ai fini della copertura dei costi e dell'allocazione dei rischi.

Quanto al primo aspetto, l'**esercizio di poteri pubblicistici di pianificazione**, è il partner pubblico a svolgere un ruolo propulsivo nell'attivazione dell'*iter* per lo sviluppo dei progetti di rilevanza nazionale, i *Nationally Significant Infrastructure Projects – NSIP's*, nel cui ambito il *Planning Act* del 2008 riconduce i progetti per la rete autostradale (par. 1).

Come si è visto nell'analisi del sistema di *governance* politico-amministrativa (par. 2), a partire dal 2011 – anno in cui il Governo ha lanciato il Programma *Infrastructure Cost Review* – le decisioni sono adottate in coerenza con il quadro della programmazione delle politiche infrastrutturali del *National Infrastructure Plan*, che determina l'ammontare degli investimenti nei vari settori. Comparati con gli investimenti in altri settori, quelli del settore autostradale sono risultati relativamente modesti (4 miliardi di sterline dal 1996), ma si apprestano ad essere accresciuti (15,1 miliardi di sterline, stanziati fino al 2021 nell'ambito di un programma generale, *Roads Investment Strategy – RIS*).

La disciplina generale attribuisce alla stazione appaltante il compito di *developer applicant* dinanzi al Planning Inspectorate, l'Agenzia governativa deputata allo svolgimento dell'attività istruttoria finalizzata all'adozione dell'autorizzazione generale allo sviluppo del progetto, il *development consent order* (par. 3). Con particolare riferimento alle infrastrutture stradali, il procedimento – che si conclude in 9 mesi – vede impegnata l'autorità di settore, la Highways Agency, Agenzia del Department for Transport.

Tra i criteri indicati dal Governo per l'individuazione delle opere strategiche vi è quello secondo cui il progetto deve essere in grado di generare flussi di cassa e attrarre significativi investimenti privati.

Viene così in rilievo il secondo aspetto, il **coinvolgimento della finanza privata**. La *Private Finance Initiative (PFI)* risulta essere il modello principale di partenariato pubblico-privato per la realizzazione e gestione delle infrastrutture, in alternativa al *conventional procurement*.

Il contratto maggiormente utilizzato nel settore autostradale è il *Design, Build, Finance, Operate* (DBFO), mediante il quale l'Highways Agency affida i lavori di costruzione ("*improvement*", "*widening*", "*maintenance*") sulla rete. La concessione in senso tradizionale (*concession agreement*) è uno strumento residuale.

La procedura per l'individuazione della controparte privata è quella del "*negotiated procurement process*" (par. 4.1) e si conclude mediamente in 15-20 mesi.

La fonte di finanziamento del progetto è in prevalenza rappresentata dal capitale di debito (*debt*), a fronte di una base di capitale proprio della società di progetto (SPV) costituito dai conferimenti dei promotori (*equity*). Di qui, il serio scrutinio sulla economicità del progetto (*value for money*) e sulla capacità dello stesso di attrarre gli investimenti degli istituti di credito (*bankability*).

Come si è visto (par. 4.2), nella maggior parte dei casi, i prestiti iniziali sono concessi dalle banche a breve termine e vengono estinti – dopo la fase di costruzione – con il rifinanziamento del progetto. È questo il momento in cui intervengono i fondi pensione e altri investitori a lungo termine, generalmente avversi ai rischi associati alle fasi iniziali del progetto e intenzionati ad ottenere una remunerazione prevedibile nella fase operativa.

Nello schema del DBFO la parte privata – oltre all'obbligazione di costruire l'opera – assume anche quella della sua gestione e manutenzione ricevendo un corrispettivo per la durata del contratto, con pagamenti regolari che dipendono dal soddisfacimento di determinati standard. Il diritto di gestione spetta per un periodo superiore a 20 anni (di norma 30), in modo da consentire al partner privato di recuperare l'investimento effettuato sull'*asset*.

Le condizioni di base di regolazione del rapporto (par. 5) sono definite alla luce degli standard contrattuali individuati dall'HM Treasury nel documento *Standardisation of PF2 Contracts*, in modo da allocare sul partner privato la maggior parte rischi che lo stesso è maggiormente in grado di controllare ed eventualmente riallocare. Il principale meccanismo di remunerazione utilizzato dalla Highways Agency è lo *shadow toll payment mechanism*. Solo sulla M6 è previsto un pedaggio a carico degli utenti, le cui tariffe sono lasciate al mercato e non esiste un'autorità indipendente di controllo.

La parte pubblica dispone di prerogative speciali, le quali sono riconosciute sia nell'ambito della fase a monte della pianificazione dell'opera, sia nell'ambito del rapporto contrattuale (par. 6), ferma restando la previsione, a determinate condizioni, dell'indennizzo (*compensation*) per la parte privata. Quanto al sistema delle garanzie (par. 7), le modifiche all'oggetto del contratto e la sua cessazione

anticipata trovano una loro regolazione a livello negoziale, secondo clausole standard.

Sul fronte della risoluzione delle eventuali controversie (par. 8), le forme di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione – in primo luogo l'*adjudication* – sono preferite in quanto più rapide ed efficienti, soprattutto a confronto con il *judicial review* proponibile nella fase autorizzatoria.

La partecipazione del capitale privato al finanziamento delle infrastrutture con una ponderata allocazione dei rischi hanno effettivamente accresciuto gli incentivi a selezionare progetti più meritevoli di finanziamento e a perseguire una maggiore efficienza nella loro ideazione, esecuzione e gestione. Come auspicato, il miglioramento in termini di efficienza ha consentito, nella maggior parte dei casi, di compensare i maggiori costi del finanziamento privato rispetto ai minori costi dell'indebitamento pubblico.

Proprio alla luce di ciò – salvi alcuni elementi di criticità riscontrati nella pratica, che hanno condotto il Governo ad una *review* dello strumento (*A new approach to public private partnerships*) e all'adozione, nel 2012, di un nuovo modello contrattuale (*Private Finance 2*) – il Governo britannico continua a confermare il proprio impegno nel promuovere il partenariato pubblico-privato.

Il Regno Unito resta un sistema-paese in grado di attrarre investimenti esteri, collocandosi al 10° posto nella classifica della Banca Mondiale dei paesi in cui è più facile fare impresa (l'Italia è al 65° posto)<sup>534</sup>. In particolare risulta al 1° posto nell'accesso al credito (contro il 109° assegnato all'Italia) e al 56° posto nell'esecuzione dei contratti (l'Italia è collocata 103°). Secondo il rapporto Unctad sugli investimenti mondiali<sup>535</sup>, nel 2013 gli investimenti esteri sono stati pari a 37 miliardi di dollari.

---

<sup>534</sup> WORLD BANK, *Doing business*, 2014.

<sup>535</sup> UNCTAD, *World Investment Report*, 2014.

## Bibliografia

AA. VV., *Il partenariato pubblico-privato. Modelli e strumenti*, Atti del Convegno Cesifin, 26 novembre 2010, a cura di Cerrina Feroni, G., Torino, 2011

AA.VV., *PFI "Private Finance Initiative" come fare "Finanza a progetto" per le infrastrutture. Atti di due convegni tenutisi a Milano con il patrocinio del Consolato Generale Britannico*, Milano, 1998

AA.VV., *UK Planning Act 2008 – A New Regime for National Infrastructure Projects*, in *European Public Private Partnership Law Review*, 2009, 211 e ss.

Albalate, D., BEL, G., *Motorways, Tolls and Road Safety: evidence from Europe*, in *SERIEs*, 2012, p. 457 e ss.

D. Albalate, G. BELL, X. FAGENDA, *Privatization and Regulatory Reform of Toll Motorways in Europe*, in *Governance: an international journal of policy, administration and institutions*, 2009, 2, p. 295 e ss.

Arrowsmith, S., *Public Private Partnership and PFI*, a cura di Badcoe, P., Sweet and Maxwell, London, 2013

S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, Sweet and Maxwell, London, 2007

R. BAIN, *Public Sector Comparators for UK PFI Roads: Inside the Black Box*, in *Transportation*, 2010, 3, p. 447 e ss.

BANK OF ENGLAND, *List of Banks (31 August 2014)*

L. BING, A. AKINTOYE, P.J. EDWARDS, Hardcastle, C. *The allocation of Risk in PPP/PFI Construction Projects in the UK*, in *International Journal of Project Management*, 2005, p. 23 e ss.

Bousquet, F., Fayard, A., *Road Infrastructure Concession Practice in Europe*, World Bank, Washington, 2001

D.J.BRYDE, D. BROWN, *The influence of a project performance measurement system on the success of a contract for maintaining motorways and trunk roads*, in *Project Management Journal*, 2004, 4, p. 57 e ss.

M.J.R. BUTLER, J. WILKINSON, P.M. ALLEN, *Exploring innovation in policy making within central government: the case of the UK's Highways Agency*, in *Public Policy and Administration*, 2010, p. 137 e ss.

E. CASSETTA, C. POZZI, A. SARRA, *Infrastrutture di trasporto e crescita. Una relazione da costruire*, Milano, 2013

G. CERRINA FERONI, *Il partenariato pubblico-privato nelle esperienze del Regno Unito e della Germania: alcune indicazioni per le prospettive di sviluppo dell'istituto nell'ordinamento italiano*, in *Munus*, 2011, 2, p. 317 e ss.

COMMISSIONE EUROPEA, *EU Transport in Figures. Statistical Pocketbook*, 2013

A. COOK, *A fresh start for the Strategic Road Network. Managing our roads better to drive economic growth, boost innovation and give road users more for their money*, Report commissioned by the Department for Transport, November 2011

S. DAVIES, P. FAIRBROTHER P., *Private Finance Initiative (PFI) and Public Private Partnerships (PPPs): Definitions and Sources*, Cardiff University, Working Paper Series Paper 39, 2003

O. DEBANDE, *Private Financing of Transport Infrastructure an Assessment of the UK Experience*, in *Journal of Transport Economics and Policy*, 2002, 3, p. 355 e ss.

DELOITTE, *Building Flexibility: New Delivery Models For Public Infrastructure Projects*, 2006

DEPARTMENT FOR COMMUNITIES AND LOCAL GOVERNMENT, *Planning Act 2008 – Guidance*, in <http://infrastructure.planningportal.gov.uk/legislation-and-advice/guidance/>

DEPARTMENT FOR TRANSPORT (2006), *The Eddington Transport Study: Main Report - Transport's Role in Sustaining the UK's Productivity and Competitiveness*

DEPARTMENT FOR TRANSPORT (2013), *Action for Roads. A network for the 21st century*

DEPARTMENT FOR TRANSPORT (2013), *Consultation on transforming the Highways Agency into a government-owned company*

FEDERAL HIGHWAY ADMINISTRATION - U.S. DEPARTMENT FOR TRANSPORTATION, *Public-Private Partnerships for Highway Infrastructure: Capitalizing on International Experience*, International Technology Scanning Program, 2009

C. GOLA, A. ROSELLI, *Verso un sistema bancario e finanziario europeo? Il sistema bancario del Regno Unito e la riforma della vigilanza*, Quaderni di Ricerche dell'Ente per gli studi monetari, bancari e finanziari Luigi Einaudi, 2003, n. 42, in [www.entelugieinaudi.it/it/Pubblicazioni/QuaderniRicerche](http://www.entelugieinaudi.it/it/Pubblicazioni/QuaderniRicerche)



D. HEALD, *Privately Financed Capital in Public Services*, in *The Manchester School*, 1997, Vol. LXV, 4, 568 e ss.

HIGHWAYS AGENCY, *Annual Report and Accounts 2012-2013* (presented to the House of Commons pursuant to Section 7 of the Government Resources and Accounts Act 2000 Ordered by the House of Commons to be printed 27 June 2013)

HM TREASURY (2003), *PFI: Meeting the Investment Challenge*

HM TREASURY (2006), *PFI: Strengthening Long-Term Partnerships*

HM TREASURY (2006), *Value for Money Assessment Guide*

HM TREASURY (2007), *Planning for a Sustainable Future - White Paper*

HM TREASURY (2007), *Standardisation of PFI Contracts – Version 4*

HM TREASURY (2008), *Infrastructure Procurement: Delivering Long-Term Value*

HM TREASURY (2010), *Infrastructure cost review: main report*

HM TREASURY (2012), *A new approach to public private partnerships*

HM TREASURY (2012), *Standardisation of PF2 Contracts*

HM TREASURY (2014), *National Infrastructure Plan 2013*

HOUSE OF COMMONS (2001), *The Private Finance Initiative (PFI)* (Research Paper 01/117 18 December 2001)

HOUSE OF COMMONS (2013), *Infrastructure policy* (Standard Note: SN/EP/6594 23 December 2013)

HOUSE OF COMMONS (2013), *Roads: tolls* (Standard Note: SN442 4 December 2013)

HOUSE OF COMMONS-COMMITTEE OF PUBLIC ACCOUNTS (2003), *Delivering better value for money from the Private Finance Initiative*

HOUSE OF COMMONS-COMMITTEE OF PUBLIC ACCOUNTS (2008), *HM Treasury: Making changes in operational PFI projects*

HOUSE OF COMMONS-COMMITTEE OF PUBLIC ACCOUNTS (2011), *M25 Private Finance Contract*

HOUSE OF LORDS-SELECT COMMITTEE ON ECONOMIC AFFAIRS (2010), *Private Finance Projects and Off Balance Sheet Debt*

C. JONES, C. WOOD, B. DIPPER, *Environmental Assessment in the UK Planning Process: A Review of Practice*, in *The Town Planning Review*, 3, 1998, p. 315 e ss.

C. MAGAZZINO, *La politica economica di Margaret Thatcher*, con prefazione di Forte, F., Milano, 2010

B. MARCHETTI, *Efficienza amministrativa e protezione del cittadino nella riforma del judicial review inglese*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, p. 418 e ss.

T. MARSHALL, *Reforming the process for infrastructure planning in the UK/England 1990–2010*, in *The town Planning Review*, 2011, 4, p. 82 e ss.

NATIONAL AUDIT OFFICE (2008), *Making Changes in Operational PFI Projects*

NATIONAL AUDIT OFFICE (2008), *The Procurement of the National Roads Telecommunications Services*

NATIONAL AUDIT OFFICE (2009), *Highways Agency. Contracting for Highways Maintenance*

NATIONAL AUDIT OFFICE (2009), *Performance of PFI Construction. A review by the private finance practice*

NATIONAL AUDIT OFFICE (2010), *Procurement of the M25 private finance contract*

OECD (2007), *Infrastructure to 2030. Vol. 2. Mapping Policy for Electricity, Water and Transport*

OECD (2008), *Review of Regulatory Reform. Brazil*

OECD – INTERNATIONAL TRANSPORT FORUM (2013), *Better Regulation of Public-Private Partnerships for Transport Infrastructure*

PLANNING INSPECTORATE, *Planning Act Advice notes*, in <http://infrastructure.planningportal.gov.uk/legislation-and-advice/advice-notes/>

G. RAGAZZI, W. ROTHENGATTER, *Procurement and Financing of Motorways in Europe*, Atti del Congresso Internazionale “*Highways: Costs and Regulation in Europe*”, Bergamo 26-27 novembre 2004, Research in Transportation Economics, Oxford, 2005

F. RAMELLA, *Trasporti e infrastrutture. Un'altra politica è possibile*, IBL, Torino, 2011

N. SANSOM, T. GRAYLING, *For whom the motorway tolls*, Research Paper, Institute for Public Policy, 2003

G. SCHWARZE, A. CORBACHO, K. FUNKE, *Public investment and public-private partnership: addressing infrastructure challenges and managing fiscal risk*, Atti del Seminario svoltosi a Budapest, International Monetary Fund, 2008

S. SUVAIN, *Highway Law*, Sweet and Maxwell, London, 1997

UNCTAD (2014), *World Investment Report*

WORLD BANK (2014), *Doing business*

WORLD ECONOMIC FORUM (2013), *The Global Competitiveness Report 2013–2014*

WORLD ECONOMIC FORUM (2014), *Infrastructure Investment Policy Blueprint*

## DATI SUL NETWORK STRADALE DEL REGNO UNITO

### Estensione delle infrastrutture stradali UK (km)

Autostrade	Strade principali	Strade secondarie	Strade locali	Totale
3.673	49.016	122.281	245.027	419.997

### Indicatori di dotazione e di traffico UK

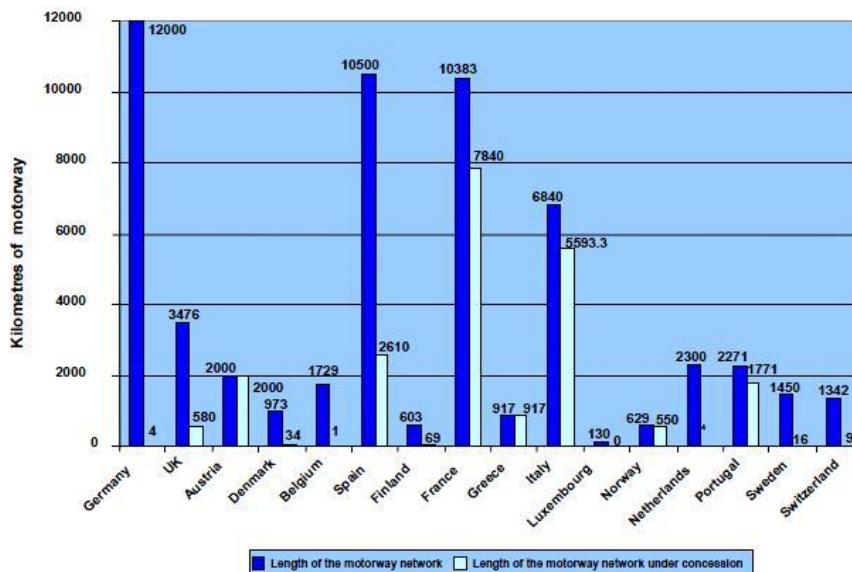
Densità della circolazione (veicoli/km)	Densità sul territorio (km/1000 kmq)	Densità sulla popolazione (km/abitanti)
7.986*	15,1**	58.3**

\* Valore superiore a Francia, Germania, Italia, Spagna e alla media europea.

\*\*Valore inferiore a Francia, Germania, Italia, Spagna e alla media europea.

Fonte: Elaborazioni in E. CASSETTA, C. POZZI, A. SARRA, *Infrastrutture di trasporto e crescita. Una relazione da costruire*, Franco Angeli, Milano 2013, p. 113 e F. RAMELLA, *Trasporti e infrastrutture. Un'altra politica è possibile*, IBL, Torino, 2011, p. 24 (sulla base dei dati della Commissione Europea, *EU Transport in Figures. Statistical Pocketbook*, 2013).

### Overview of European Practices in Motorway Concessions\* (With Or Without Toll)



\* Il termine concessione è da intendersi in senso ampio con riferimento alla totalità delle tipologie di affidamento ai privati della gestione dell'infrastruttura.

Fonte: Fayard, A., *Analysis of Highway Concession in Europe*, in Ragazzi, G., Rothengatter, W., *Procurement and Financing of Motorways in Europe*, Atti del Congresso Internazionale "Highways: Costs and Regulation in Europe", Bergamo 26-27 novembre 2004, Research in Transportation Economics, Oxford, 2005, p. 15.

	Tolled roads (km)	Network size Motorway kms	Toll roads		Duration of concessions	Existence of shadow toll
			Public	Private		
Argentina	9 383 of the National Troncal Network <sup>3</sup>	10 400 (expressway 1999)	0	9 383 km (of the National Troncal Network) <sup>13</sup>	First phase: 12 years, Second phase: 22 years <sup>2</sup>	No
Australia	168 none of them in the National Highways System <sup>5</sup>	18 700 km (National Highway System) <sup>9</sup>	0	168 <sup>5, 12</sup>	18-48 years <sup>5</sup>	No
Brazil	1 492 federal 8 357 State and municipal (2005)	1 300 km	n.a.	1 493 <sup>8</sup>	Three federal concessions of 25 years and two other of 20 years	No
Chile	79 604 total roads 2 300 tolled roads		0	2 289 <sup>1, 6</sup>	20-30 years generally Maximum 50 years	No
France	7 840 (tolled highways 2004)	10 383 <sup>10</sup>	6 940 <sup>2</sup>	900 <sup>2</sup>	30 years	As a possibility
Italy	About 6 000 km of motorway	6 840 <sup>10</sup> total	1 202 <sup>2</sup>	4 392 <sup>2</sup> (After privatisation of Autostrade)	30 years	No
Mexico	6 000 <sup>7</sup>	5 683 (1999)			n.a.	No (in bidding process 2006)
Spain	2 255 (1999); 2 900 (2004)	10 500 <sup>10</sup> (25% tolled)		2 497.4 <sup>2</sup>	Maximum 75 years (extended in 1997)	
United Kingdom	580	3 476 <sup>10</sup>		580 <sup>2</sup>	30 years	Yes
United States	8 439 (2007)	Total highways 91 287 (2003) <sup>11</sup>	8 101 (2007)	338 (2007)	20-99 years	No

1. "Rodovias Auto-Sustentadas", 2007, p. 303.
2. 1998. Policy Research Working Paper No. 2 249, WB, 1999.
3. Website Ministerio (17/07/2007)
4. BTRE Information Sheet 23, 2004.
5. "Australian Toll Road Sector – Stepping Up a Gear", Fitch Ratings, 2005.
6. Website Coordination de concesiones de MOP.
7. Data from 2004.
8. Questionnaire answers ANTT. Relates to federal concessions. The total would be 9 296.
9. Year 2001-02. Data include expenditure on administration, regulation and subsidies. Source: BTRE Information Sheet, 2004.
10. Transport infrastructure investment, ECMT. Quoting data from Payard (2006).
11. Handbook of Transport Statistics, UNECE.
12. "Australian Toll Road Sector – Stepping Up a Gear", Fitch Ratings (2005).
13. Resumen de concesiones viales otorgadas, CEPAL (2003).  
Source: ECMT Report; Bousquet (1999).

Fonte: OECD, Review of Regulatory Reform. Brazil, 2008, p. 202.

#### Tariff Adjustment Mechanisms. EU-25 and Norway

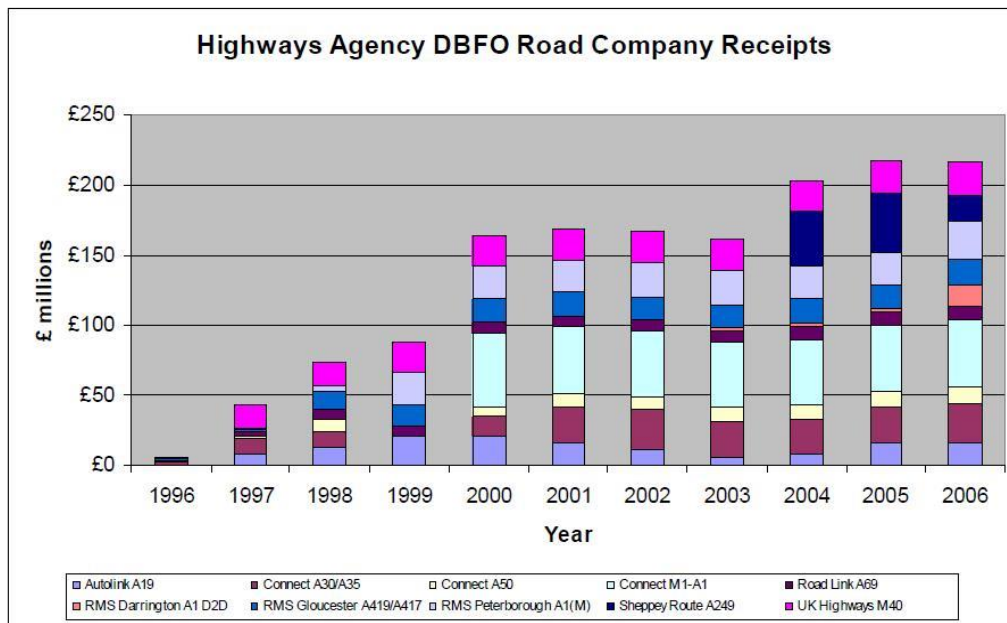
Country	Adjustment methods	Firm's Property	Allocative Efficiency Criterion	Correction Factors
Austria	Bilateral negotiation	Public	—	—
France	Stage 1: Individual contract Stage 2: $\Delta T = 0.7 * \Delta P$	Private	No	Individual Contract and Inflation (P)
Greece	Operational costs	Public	No	—
Hungary	Adjusted to demand	Public	Yes	Traffic received
Italy	Price Cap $\Delta T \leq \Delta P - X + \beta Q$	Private	Traffic forecasted as an element of correction, though it plays a secondary role in X	Inflation (P), Productivity (X), and Quality (Q)
Norway	$\Delta T = \Delta P$ (every 2-3 years)	Public	No	Inflation (P)
Portugal	$\Delta T = 0.9 * \Delta P$	Private	No	Inflation (P)
Slovenia	$\Delta T = \Delta P$	Public	No	Inflation (P)
Spain	Price Cap $\Delta T \leq \Delta P - X$	Private	Key element because X is the difference between real traffic and forecasted, over this latter: $(1/100)[ADT^R - ADT^P]/ADT^P$	Inflation (P) and Traffic (IMD)
UK	Concessionaire's free decision (max. twice a year)	Private	No	—

Fonte: D. ALBALATE, G. BELL, X. FAGENDA, *Privatization and Regulatory Reform of Toll Motorways in Europe*, in *Governance: an international journal of policy, administration and institutions*, 2009, 2, p. 305.

I ricavi annuali (*turn over*) che i partner privati di hanno ricevuto nel decennio 1996-2006 sono indicati nelle tabelle seguenti.

### PFI Road Operating Company Income (£ millions)

PFI Co.	Year											Total
	96	97	98	99	00	01	02	03	04	05	06	
Autolink A19	0	8	13	21	21	16	11	6	8	16	16	136
Connect A30	2	11	12	0	14	26	28	26	25	26	28	200
Connect A50	1	2	8	0	7	9	10	10	10	11	12	79
Connect M1-A1	0	0	0	0	53	47	46	45	46	47	48	333
Road Link A69	0	4	7	8	8	8	8	9	9	9	10	79
RMS A1 D2D	0	0	0	0	0	0	0	2	3	3	22	30
RMS A419/A417	1	2	13	15	16	16	17	17	17	17	17	149
RMS A1(M)	1	1	4	22	23	23	24	24	24	23	24	195
Sheppey A249	0	0	0	0	0	0	0	0	38	42	19	99
UK Highways	0	16	17	21	21	22	22	22	22	23	23	210
<b>Total</b>	<b>5</b>	<b>43</b>	<b>74</b>	<b>87</b>	<b>163</b>	<b>168</b>	<b>167</b>	<b>161</b>	<b>203</b>	<b>217</b>	<b>218</b>	<b>1,508</b>



Fonte: R. BAIN, *Private Finance Rates of Return: Evidence from the UK's PFI Roads Sector*, 2006, in Institute of Transport Studies, University of Leeds, website

# CAPITOLO QUINTO

## L'ITALIA

*Andrea Maria Altieri*

**Sommario:** 1. Introduzione. - 2. Le fonti giuridiche. - 3. Il sistema di *governance* statale. - 4. L'individuazione delle opere. - 5. Le modalità di affidamento. - 6. La regolazione del rapporto. - 7. Le forme di auto-tutela e il sistema delle garanzie. - 8. La risoluzione delle controversie. - 9. Conclusioni. - *Executive Summary*.

### 1. Introduzione

Nel presente contributo si delinea il regime giuridico della realizzazione e della gestione delle infrastrutture in Italia, con particolare riferimento alle concessioni autostradali<sup>536</sup>. Una particolare attenzione sarà dedicata alle molteplici forme di partenariato pubblico-privato (PPP) alla luce della drastica riduzione delle risorse pubbliche destinate alla costruzione di infrastrutture; si pensi che delle opere infrastrutturali strategiche individuate come prioritarie dal Documento di Economia e Finanza 2013, le risorse private rappresentano il 41% di quelle disponibili<sup>537</sup>.

La rete autostradale in Italia si sviluppa per 7.438,3 chilometri, di cui 6.775,3 in esercizio e 663 in programmazione o in esecuzione<sup>538</sup>. Dei 6.775,3 chilometri in esercizio, 5.821,5 sono in concessione e 953 sono gestiti direttamente da Anas

---

<sup>536</sup> In generale sul tema si v. A. MARI, *Le infrastrutture*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, II, Milano, Giuffrè, 2003; Banca d'Italia, *Le infrastrutture in Italia: dotazione, programmazione, realizzazione*, Seminari e convegni n. 7, Roma, aprile 2011. In senso problematico si v. A. MACCHIATI, G. NAPOLITANO (a cura di), *È possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, Bologna, Il Mulino, 2009. Per una riflessione economica si v. G. MARZI, L. PROSPERETTI, E. PUTZU, *La regolazione dei servizi infrastrutturali*, Bologna, Il Mulino, 2001.

<sup>537</sup> Si v. CAMERA DEI DEPUTATI — XVII LEGISLATURA, *L'attuazione della "Legge obiettivo"*, nota di sintesi e focus tematici. 8° rapporto per la VIII Commissione Ambiente, territorio, lavori pubblici, Documentazione e ricerca n. 94, gennaio 2014, 14.

<sup>538</sup> Si v. MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI, *Il sistema autostradale in concessione e regolamentazione del sistema tariffario*, Audizione del Ministro Lupi alla Commissione VIII del Senato della Repubblica, 22 gennaio 2014, 6.



Spa, per i quali non è previsto il pagamento di un pedaggio<sup>539</sup>. In Europa vi sono 61.000 chilometri di autostrade, dei quali 23.000 in concessione a imprese sia private che pubbliche. Di questa vasta rete, i chilometri autostradali sul territorio tedesco sono circa 12.000, quelli sul territorio spagnolo sono 10.500, quelli sul suolo francese sono 10.400, quelli in Gran Bretagna sono 3.500<sup>540</sup>.

Risulta interessante sottolineare l'evoluzione della rete autostradale italiana. Nel 1970, l'Europa contava circa 15.000 chilometri di autostrade e l'Italia, con circa 4.000 chilometri, copriva oltre il 25% del totale della rete europea, seconda solo alla Germania<sup>541</sup>. Nel 1980, la rete autostradale europea aveva raggiunto i 28.000 chilometri, dei quali 5.900 sul territorio italiano, pari circa all'80% della rete attuale<sup>542</sup>. Lo sviluppo della rete autostradale italiana registra così una battuta di arresto negli anni Ottanta, mentre paesi come Francia e Germania sperimentano uno sviluppo regolare fino al 2000. In altri paesi, come la Spagna e il Portogallo, lo sviluppo della rete è stato costante fino all'erompere della crisi economica iniziata nel 2008<sup>543</sup>.

Se la rete autostradale italiana risulta essere più risalente rispetto al resto della rete europea, si vedrà più avanti come lo stesso non valga per il quadro normativo e regolatorio, che è stato riformato negli anni Duemila con diversi interventi legislativi, da ultimo l'istituzione dell'Autorità di regolazione dei trasporti.

## 2. Le fonti giuridiche

La normativa di base sulla costruzione e la concessione delle autostrade in Italia risale alla legge 21 maggio 1955 n. 463<sup>544</sup>, che ha disciplinato la concessione di costruzione ed esercizio di autostrade a cura e a carico dell'Azienda Nazionale Autonoma delle Strade statali<sup>545</sup>. La legge assegnava al Ministro dei Lavori Pubblici, di concerto con il Ministro dell'Economia e il Ministro dei Trasporti

---

<sup>539</sup> *Ibidem*,

<sup>540</sup> Rielaborazione dati AUTORITÀ DI REGOLAZIONE DEI TRASPORTI, *Primo rapporto annuale al Parlamento*, Roma, 16 luglio 2014.

<sup>541</sup> *Ivi*, 40.

<sup>542</sup> *Ibidem*.

<sup>543</sup> *Ibidem*.

<sup>544</sup> Legge 21 maggio 1955, n. 463, *Provvedimenti per la costruzione di autostrade e strade e modifiche alle tasse automobilistiche*.

<sup>545</sup> Sull'A.N.A.S. si v. anche la legge 7 febbraio 1961, n. 59.



l'individuazione e l'ordine di priorità nella costruzione delle autostrade<sup>546</sup>. La normativa prevedeva inoltre un tetto alla contribuzione statale pari al 40% e fissava la lunghezza massima delle concessioni a trent'anni<sup>547</sup>. Il principio fondamentale era quello dell'autofinanziamento: il gestore doveva fissare il pedaggio in modo da consentire il pareggio di bilancio secondo il piano finanziario sottostante la convenzione stipulata con il concedente. L'eccedenza dei ricavi da pedaggio rispetto al piano finanziario veniva devoluta allo Stato a partire dal quinto anno di esercizio. Con la suddetta normativa, inoltre, è stata affidata in concessione alla società Concessioni e Costruzioni Autostrade S.p.A., operatore a partecipazione statale, il compito di realizzare l'Autostrada del Sole (Milano-Bologna-Firenze-Roma-Napoli).

Sulla materia è intervenuta in seguito la legge 24 luglio 1961, n. 729, recante un piano di nuove costruzioni stradali e autostradali, che ha disciplinato la costruzione e l'esercizio delle autostrade che non fossero già state concesse ai sensi della l. n. 463/1955<sup>548</sup>. Tale norma prevedeva altresì che i costi di costruzione delle tratte autostradali da realizzare avessero una copertura finanziaria assicurata sia mediante l'erogazione di contributi statali, sia mediante l'autofinanziamento degli stessi concessionari sia, infine, attraverso l'accensione di mutui assistiti da garanzie statali.

La suddetta norma del 1955 — così come le successive leggi n. 729/1961 e n. 385/1968 — ha affidato alla società Autostrade la realizzazione di ulteriori tratte autostradali. Negli anni immediatamente successivi sono poi state date in concessione ad altre società, spesso partecipate da enti locali, ulteriori tratte autostradali.

Lo sviluppo della rete autostradale ha subito una fase di arresto negli anni Settanta, per effetto della legge 16 ottobre 1975, n. 492, che all'art. 18-*bis* prevedeva, tra l'altro, la sospensione della «*costruzione di nuove autostrade o tratte autostradali e di trafori in cui non sia stato effettuato l'appalto, ancorché assentiti amministrativamente*». Questa norma si inseriva in un contesto di congiuntura economica sfavorevole, determinata anche da una grave crisi petrolifera. Il vincolo alla costruzione di nuove autostrade venne rimosso con la legge 12 agosto 1982, n. 531, con la quale si definì, tra l'altro, un piano decennale per la viabilità di grande comunicazione e si adottarono misure di riassetto del settore.

---

<sup>546</sup> L.n. 463/1955, art. 2.

<sup>547</sup> *Ivi*, art. 3.

<sup>548</sup> L. n. 729/1961, art. 1, co. 1.

Un importante processo di riforma ha preso le mosse con la legge 23 dicembre 1992 n. 498, che ha attribuito al Comitato interministeriale per la programmazione economica (Cipe) la competenza ad emanare direttive per l'istituzione della garanzia dello Stato sui mutui contratti dalle società concessionarie e per la revisione delle convenzioni e dei pedaggi autostradali. La successiva delibera Cipe del 21 settembre 1993 ha poi stabilito una serie di importanti criteri per la revisione delle convenzioni, tra cui l'obbligo per il concessionario di predisporre un piano economico-finanziario conforme ad un modello unificato, approvato con decreto interministeriale.

Negli anni successivi si sono susseguiti una serie di provvedimenti di legge volti a sancire la natura privatistica dell'attività svolta dalle concessionarie di autostrade. In particolare, la legge n. 537/1993 ha abolito la garanzia dello Stato sui mutui contratti dalle concessionarie a prevalente proprietà pubblica e l'obbligo di devoluzione allo Stato stesso degli utili eccedenti la soglia massima dell'8%. Tale obbligo è stato sostituito dal versamento di un canone annuo di concessione, proporzionale ai ricavi netti da pedaggio (nella misura dello 0,50% per i primi tre anni e dell'1% negli anni successivi)<sup>549</sup>. La medesima norma ha inoltre posto le basi per il processo di privatizzazione di Autostrade Concessioni e Costruzione Autostrade S.p.A., abrogando l'art. 16 della l.n. 729/1961, «*limitatamente alla parte in cui impone all'Istituto per la ricostruzione industriale di detenere la maggioranza delle azioni della concessionaria*».

La successiva delibera Cipe del 20 dicembre 1996 ha stabilito il meccanismo di adeguamento annuale delle tariffe sulla base di una formula tariffaria (il *price cap*), basata sul tasso di inflazione programmata, ovvero il livello atteso di inflazione così come definito nel Documento di programmazione economico finanziaria, su una componente X di recupero produttività, nonché su un indicatore di qualità del servizio. Sulla base di tale delibera, nell'agosto del 1997 è stata stipulata la Convenzione tra Anas e Autostrade concessioni e costruzioni autostrade S.p.A. – la principale concessionaria del paese – che fissava la durata della concessione fino al 2038, prevedendo un rilevante programma di investimenti. Si precisa che la Convenzione tra Anas e Autostrade, prima della privatizzazione di quest'ultima (avvenuta nel biennio 1999-2000), riconosceva a Autostrade il recupero del differenziale tra inflazione programmata e inflazione reale.

Successivamente, la Direttiva dei Ministri dei lavori pubblici e del Tesoro del 20 ottobre 1998 (la cd. Direttiva Costa-Ciampi), ha proceduto a chiarire

---

<sup>549</sup> Attualmente la misura del canone annuale è fissata nel 2,4% dei proventi netti da pedaggio, ai sensi dell'art. 1, comma 1020 della legge 27 dicembre 2006, n. 296.

ulteriormente il quadro normativo e ha rappresentato la base per il rinnovo delle convenzioni di tutte le altre concessionarie autostradali.

Una profonda modifica del quadro normativo è stata introdotta nel 2006 con il decreto-legge n. 262/2006 che ha imposto, in via unilaterale, modifiche ai contratti di concessione in essere. Questa disposizione prevedeva, tra l'altro, l'obbligo per tutti i concessionari di accettare una nuova "convenzione unica", sostitutiva di quella all'epoca vigente, prevedendo nella sua formulazione originaria, in caso di mancata accettazione, l'estinzione della concessione in essere «salvo l'eventuale diritto di indennizzo» a favore del concessionario.

La successiva delibera Cipe n. 1/2007, emanata nel gennaio del 2007, ha previsto, indistintamente per tutti i concessionari, un nuovo regime di regolazione economica. In particolare, tale Delibera ha introdotto un meccanismo di remunerazione tariffaria basato sul *Regulatory asset Base* (Rab) che, in sintesi, fissa un vincolo ai ricavi, rideterminando le tariffe ogni 5 anni in base ad una formula che assicura al Concessionario il rimborso di una serie di costi ammessi ed una remunerazione fissa del capitale investito. In particolare, si prevede che il valore attuale dei ricavi ammessi per ciascun periodo quinquennale sia sostanzialmente pari al valore attuale della sommatoria dei costi operativi, degli ammortamenti e della remunerazione del capitale investito.

L'introduzione in via unilaterale e retroattiva di tale normativa (l. n. 262/2006 e successiva delibera) ha comportato la reazione dei concessionari autostradali che è sfociata in azioni promosse a livello nazionale e europeo, a seguito delle quali la Commissione europea ha aperto una procedura di infrazione per violazione delle norme sulla libera circolazione dei capitali e sulla libertà di stabilimento. Successivamente, anche con l'intento di favorire la chiusura del procedimento d'infrazione sovranazionale, è stata emanata la delibera Cipe n. 39/2007 che ha delimitato l'ambito della nuova regolamentazione tariffaria basata sulla Rab, prevedendone la sua applicazione esclusivamente: a) alle nuove concessioni, b) alle concessionarie che avessero fatto richiesta di riequilibrio del piano finanziario, c) per tutti i concessionari, limitatamente ai nuovi investimenti assentiti dopo il 3 ottobre 2006.

Sulla base della nuova regolamentazione, i concessionari sono stati dunque messi nella condizione di scegliere tra l'adozione di un sistema tariffario tipo Rab o di mantenere il sistema del *price cap*, introdotto con la Delibera Cipe del 20 dicembre 1996 e presente nelle convenzioni allora vigenti. La delibera n. 39/2007 ha quindi permesso di procedere, su basi negoziali, alla stipula, nel corso del 2007, delle convenzioni uniche con i concessionari come richiesto dal d.l. n. 262/2006. La successiva approvazione di queste convenzioni con la legge 6 giugno 2008, n.

101<sup>550</sup>, ha, pertanto, consentito l'archiviazione, intervenuta in data 16 ottobre 2008, del procedimento d'infrazione da parte della Commissione europea. In seguito, il d.l. n. 185/2008 ha riconosciuto ai concessionari autostradali di concordare con il Concedente una formula semplificata di adeguamento tariffario basato su una percentuale fissa, per tutta la durata della convenzione, dell'inflazione reale, oltre alle componenti legate agli investimenti.

La delibera Cipe n. 27 del 21 marzo 2013, che integra la delibera Cipe n. 39/2007, ha introdotto nuovi criteri per l'aggiornamento periodico dei piani finanziari. In particolare, «*il Concedente dovrà procedere, preliminarmente, a determinare l'ammontare del capitale investito netto regolatorio esistente alla fine di ogni periodo regolatorio ammissibile ai fini tariffari nel successivo periodo regolatorio; il capitale investito netto regolatorio di inizio periodo è dato dall'ammontare degli investimenti realizzati, inclusi quelli accertati e riconosciuti dal Concedente al 30 settembre dell'ultimo esercizio del periodo regolatorio precedente al netto delle quote di ammortamento finanziario e degli eventuali contributi pubblici erogati*».

Nel delineare il quadro giuridico di riferimento occorre ora richiamare come il legislatore, al fine di coinvolgere i capitali privati e terminare le opere già in cantiere, sia intervenuto sulla disciplina generale delle infrastrutture. In primo luogo, con il decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, sono stati fissati criteri di priorità nella costruzione di nuove infrastrutture<sup>551</sup>, è stata disciplinata l'approvazione unica da parte del Cipe del progetto preliminare<sup>552</sup>, nonché l'alleggerimento e la semplificazione delle procedure di aggiornamento e revisione delle convenzioni autostradali<sup>553</sup>. Da ultimo il decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, ha previsto misure di defiscalizzazione, di credito di imposta e di esenzione dal pagamento del canone di concessione per le opere realizzate in partenariato pubblico-privato (PPP)<sup>554</sup>. Si deve inoltre sottolineare come anche il decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, sia intervenuto sul rafforzamento degli impegni di fattibilità e della cd. bancabilità delle concessioni, sulla riallocazione dei contributi pubblici a fondo perduto e sull'affinamento degli strumenti di finanziamento a carattere fiscale e finanziario<sup>555</sup>.

Un'importante innovazione nella regolamentazione del settore autostradale è stata introdotta, infine, con il decreto 12 settembre 2014, n. 133 (cd. Sblocca-

---

<sup>550</sup> L. n.101/2008, art. 8-*duodecies*.

<sup>551</sup> D.l. n. 201/2011, art. 41.

<sup>552</sup> *Ibidem*.

<sup>553</sup> D.l. n. 201/2011, art. 43.

<sup>554</sup> D.l. n. 179/2012, art. 33 *ss*.

<sup>555</sup> D.l. n. 69/2013, art. 18 *ss*.

Italia) che, all'art. 5, prevede che «*Nel rispetto dei principi dell'Unione europea, al fine di assicurare gli investimenti necessari per gli interventi di potenziamento, adeguamento strutturale, tecnologico ed ambientale delle infrastrutture autostradali nazionali, nel rispetto dei parametri di sicurezza più avanzati prescritti da disposizioni comunitarie, nonché un servizio reso sulla base di tariffe e condizioni di accesso più favorevoli per gli utenti, i concessionari di tratte autostradali nazionali possono, entro il 31 dicembre 2014, proporre modifiche del rapporto concessorio anche mediante l'unificazione di tratte interconnesse, contigue, ovvero tra loro complementari, ai fini della loro gestione unitaria*». È previsto, in particolare, che il nuovo piano finanziario presentato dalle concessionarie non comporti ulteriori oneri a carico del bilancio dello Stato, assicuri la disponibilità delle risorse necessarie per la realizzazione degli interventi infrastrutturali previsti nelle originarie concessioni, nonché il mantenimento di un regime tariffario più favorevole per l'utenza<sup>556</sup>. Il decreto prevede inoltre che l'affidamento di lavori, servizi e forniture sopra soglia, ulteriori rispetto a quelli previsti dalle vigenti convenzioni, dovrà avvenire tramite procedure di evidenza pubblica ai sensi del codice dei contratti pubblici<sup>557</sup>.

### 3. Il sistema di *governance* statale

Il sistema di *governance* statale delle concessioni autostradali ha visto numerose trasformazioni negli ultimi anni. Sullo sfondo della modifica del quadro istituzionale occorre richiamare come la materia «*grandi reti di trasporto e di navigazione*» sia divenuta, con la riforma del Titolo V della Costituzione, una materia di competenza concorrente tra Stato e Regioni<sup>558</sup>. Il legislatore, al fine di evitare una “regionalizzazione” nella progettazione infrastrutturale, è corso ai ripari anche dotando il Codice dei contratti pubblici di un meccanismo di superamento dell'eventuale dissenso motivato di Regioni e Province autonome<sup>559</sup>.

Il sistema attuale prevede che il ruolo di concedente, prima esercitato da Anas S.p.a.<sup>560</sup>, sia svolto dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (Mit) a seguito della mancata istituzione dell'Agenzia per le infrastrutture stradali e

<sup>556</sup> *Ibidem*, co. 2.

<sup>557</sup> D.l. n. 133/2014, art. 5, co. 3.

<sup>558</sup> Cost. it., art. 117, co. 3. Si v. inoltre Corte costituzionale, sentenza 1 ottobre 2003, n. 303.

<sup>559</sup> D. lgs. n. 163/2006, art. 165, co. 6.

<sup>560</sup> ANAS è stata trasformata in società per azioni dall'art. 7 del decreto-legge 8 luglio 2002, n. 138.

autostradali<sup>561</sup>. Il decreto-legge 29 dicembre 2011 n. 216, infatti, aveva fissato al 30 settembre 2012 il termine per il trasferimento per il trasferimento, previsto dall'art. 36 del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, di funzioni e compiti da Anas, il concedente fino ad allora, all'Agenzia, termine oltre il quale le funzioni e i compiti, tra i quali quelli in materia di concessioni autostradali, sarebbero stati trasferiti al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti<sup>562</sup>. Non essendo state trasferite le funzioni all'Agenzia entro il limite fissato dal decreto, con decreto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti del 1 ottobre 2012 n. 341, è stata istituita presso il Ministero la Struttura di Vigilanza sulle Concessioni Autostradali, con funzioni di selezione dei concessionari e di aggiudicazione delle concessioni, nonché di vigilanza e controllo sui concessionari autostradali<sup>563</sup>. In seguito, con il D.p.c.m. 11 febbraio 2014, n. 72, recante il regolamento di organizzazione del Mit, sono state introdotte alcune modifiche riguardanti le competenze dei dipartimenti e delle relative direzioni generali del Ministero. Le competenze in materia autostradale sono state ripartite tra due distinte direzioni del Dipartimento per le infrastrutture, i sistemi informativi e statistici. In particolare, la Struttura di vigilanza, è ora denominata Direzione generale per la vigilanza sulle concessionarie autostradali e continua a svolgere le funzioni di vigilanza sulle concessioni in essere; la Direzione generale per le strade e le autostrade e per la vigilanza e la sicurezza nelle infrastrutture stradali assume, tra l'altro, funzione di concedente per le nuove concessioni e competenze in materia di definizione di piani finanziari.

Risultano così presenti diversi concedenti autostradali: il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti; l'Anas, concedente in via indiretta in quanto partecipa al 50% in alcune società regionali<sup>564</sup>; nonché società regionali che svolgono il ruolo di concedente di infrastrutture poste esclusivamente nel territorio della Regione cui fanno riferimento<sup>565</sup>. Occorre quindi evidenziare il peculiare ruolo di Anas, quale soggetto vigilato dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti che svolge anche il ruolo di gestore di alcune tratte nonché compiti operativi rispetto alle strade statali<sup>566</sup>.

---

<sup>561</sup> Sulla privatizzazione di ANAS e sull'istituzione dell'AGENZIA PER LE INFRASTRUTTURE STRADALI e autostradali, si v. E. FRENI, *Le privatizzazioni*, in S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, V ed., Roma-Bari, Laterza, 2012, 269-270.

<sup>562</sup> D.l. n. 216/2011, art. 11, co. 5.

<sup>563</sup> Decreto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti del 1 ottobre 2012 n. 341, art. 2.

<sup>564</sup> Autostrade del Lazio (ANAS Spa-Regione Lazio), Autostrade del Molise (ANAS Spa-Regione Molise), Concessioni Autostrade Lombarde (ANAS-Regione Lombardia), Concessioni Autostradali Piemontesi (ANAS Spa-Regione Piemonte).

<sup>565</sup> Infrastrutture Lombarde Spa e Regione Veneto.

<sup>566</sup> Il d.l. 6 luglio 2011, n. 98, art. 3 reca i compiti assegnati a Anas S.p.a.

Nel quadro della *governance* statale, rileva sottolineare anche che il d.l. n. 201/2011, e successive modificazioni ha istituito l'Autorità di regolazione dei trasporti<sup>567</sup>. La norma istitutiva prevede che l'Autorità sia competente «*con particolare riferimento al settore autostradale, a stabilire per le nuove concessioni sistemi tariffari dei pedaggi basati sul metodo del price cap, con determinazione dell'indicatore di produttività X a cadenza quinquennale per ciascuna concessione; 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*»<sup>568</sup>. I compiti dell'Autorità nel settore autostradale riguarderanno prevalentemente le nuove concessioni, sia per quanto concerne i sistemi di pedaggio, sia per quanto riguarda i bandi di gara e la determinazione del contenuto delle nuove convenzioni. Per le concessioni in essere continuano ad operare le regole determinate con le convenzioni già stipulate, che peraltro, come ricordato, nella maggior parte dei casi sono stati oggetto di approvazione legislativa con la n. 101/2008. I compiti prima menzionati hanno natura regolatoria generale e le regole così definite dovranno essere applicate dalle amministrazioni concedenti che dovranno tenere conto, nell'esercizio della propria discrezionalità, dei vincoli definiti dall'Autorità. In un sistema così congegnato, i poteri di vigilanza e di controllo sullo svolgimento del rapporto concessorio rimangono in capo al concedente e prevalentemente, quindi, al MIT. La disciplina sull'attività regolatoria dell'Autorità fa infatti salve le attribuzioni di altre amministrazioni per quanto riguarda «*le competenze in materia di vigilanza, controllo e sanzione nell'ambito dei rapporti con le imprese di trasporto e con i gestori delle infrastrutture, in materia di sicurezza e standard tecnici, di definizione degli ambiti di servizio pubblico, di tutela sociale e di promozione degli investimenti*».

Il ruolo dell'Autorità e i limiti alle sue attribuzioni sono stati ben delineati dalla Corte costituzionale nel giudizio di legittimità sulle competenze della stessa in materia di trasporto pubblico locale, quale materia di competenza residuale regionale<sup>569</sup>. La Corte, dichiarando infondata la questione di legittimità, ha chiarito che il compito dell'Autorità è quello di «*dettare una cornice di regolazione*

---

<sup>567</sup> Sull'istituzione dell'Autorità di regolazione dei trasporti si v. A. TONETTI, *L'Autorità di regolazione dei trasporti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, 6; C. IAIONE, *La regolazione pro-infrastrutturale. Rilievi preliminari sul diritto delle reti di trasporto e sulla nuova autorità indipendente*, in AA.VV., *Scritti in onore di Claudio Rossano*, vol. III, Jovene, Napoli, 2013; F. MACIOCE, *Liberalizzazione e regolazione nel settore dei trasporti: recenti sviluppi*, in *Diritto dei trasporti*, 2013, 1.

<sup>568</sup> D.l. n. 201/2011, art. 37, co. 2, lett. g).

<sup>569</sup> Corte costituzionale, sentenza 15 marzo 2013, n. 41, *considerato in diritto*, punto n. 6.

*economica, all'interno della quale Governo, Regioni e enti locali sviluppano le politiche pubbliche in materi di trasporti, ciascuno nel rispettivo ambito». La Corte ha inoltre sostenuto che il compito dell'Autorità di fissare criteri in materia di tariffe, canoni e pedaggi, lascia impregiudicata la competenza in capo ai diversi soggetti dell'ordinamento di determinarne in concreto i relativi corrispettivi<sup>570</sup>.*

Alcuni profili critici del sistema di *governance* statale riguardano l'ampliamento della platea di soggetti aventi un ruolo in materia di regolazione autostradale. Questi soggetti sono individuati nel Concedente Stato (Mit), nel Concedente Regione, nel Cipe nel Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (Nars), nel Ministero dell'economia e delle finanze e l'Autorità di regolazione dei trasporti. Le competenze di questi attori istituzionali non sembrano essere assegnate in modo chiaro, comportando così una complessità del rapporto concessorio. In particolare la sovrapposizione di competenze pare realizzarsi con riguardo al piano economico-finanziario tra Ministero dell'economia, Cipe e Nars. L'Autorità di regolazione con le sue competenze in materia di tariffe e schemi di convenzione può, inoltre, potenzialmente sovrapporsi alle competenze del concedente Mit, potendosi astrattamente configurare il rischio che l'Autorità gestisca direttamente il rapporto concessorio. Tale rischio potenziale di sovrapposizione con il Ministero pare confermato, da un lato, dai poteri sanzionatori propri dell'Autorità in caso di inosservanza dei criteri per la formazione e l'aggiornamento delle tariffe, dei canoni e dei pedaggi<sup>571</sup>, mentre, dall'altro lato, sembra essere scongiurato dai paletti fissati dalla giurisprudenza costituzionale prima menzionati. A tal fine occorre ricordare che l'Autorità ha in corso alcune attività regolatorie rispetto alle nuove concessioni sui sistemi tariffari dei pedaggi, sulla definizione degli ambiti ottimali di gestione delle tratte autostradali e sulla definizione dello schema di concessione da inserire nel bando di gara per la tratta Modena-Brennero (A22)<sup>572</sup>.

---

<sup>570</sup> *Ibidem*.

<sup>571</sup> D.l. n. 201/2011, art. 37, co. 3, lett. i).

<sup>572</sup> Si v. AUTORITÀ DI REGOLAZIONE DEI TRASPORTI, *Relazione del Presidente al Parlamento*, Camera dei Deputati, Roma, 16 luglio 2014, 11-12.



#### 4. L'individuazione delle opere

L'individuazione delle opere infrastrutturali, anche autostradali, viene effettuata ai sensi della legge 21 dicembre 2001, n. 443, *Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive* (cd. Legge obiettivo) che all'art. 1, co. 1, demanda al Governo l'individuazione delle «*infrastrutture pubbliche e private e degli insediamenti produttivi strategici e di preminente interesse nazionale da realizzare per la modernizzazione e lo sviluppo del Paese nonché per assicurare efficienza funzionale ed operativa e l'ottimizzazione dei costi di gestione dei complessi immobiliari sedi delle istituzioni dei presidi centrali e la sicurezza strategica dello Stato e delle opere la cui rilevanza culturale trascende i confini nazionali*». Con la delibera CIPE n. 121/2001, recante “*Legge Obiettivo*”: *I programma delle infrastrutture strategiche*, sono state individuate le opere considerate strategiche il cui aggiornamento è pubblicato come allegato al Documento di Economia e Finanza annuale insieme allo stato di aggiornamento del programma<sup>573</sup>. L'intero programma, nella prima versione del dicembre 2001, constava di 138 macro interventi per un costo complessivo di 125 miliardi di euro. Il volume del programma è quindi aumentato nel corso degli anni sia per l'inserimento di nuove opere sia per gli incrementi di costo: si pensi che nel 2008 il costo complessivo era salito a circa 174 miliardi di euro<sup>574</sup>.

Alla luce della perdurante crisi finanziaria e della parziale attuazione della “Legge Obiettivo”, il legislatore è intervenuto modificandone l'impostazione e fissando come criterio di individuazione delle infrastrutture prioritarie la coerenza con l'integrazione alle reti europee e territoriali, lo stato di avanzamento dell'*iter* procedurale, nonché la possibilità di finanziamento prevalente con capitale privato<sup>575</sup>.

Al 31 ottobre 2013, il Piano delle Infrastrutture Strategiche (PIS) comprende 1.359 lotti relativi a 403 opere il cui costo di realizzazione presunto è di 375,3 miliardi<sup>576</sup>. Rispetto all'intero quadro del PIS, le opere deliberate dal Cipe ovvero

<sup>573</sup> L. n. 196/2009, art. 10, co. 8.

<sup>574</sup> Si v. P.E. SIGNORINI, *Il finanziamento e la realizzazione delle grandi infrastrutture in Italia: l'esperienza della legge obiettivo del 2001*, in A. MACCHIATI, G. NAPOLITANO (a cura di), *È possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, cit., 372-373.

<sup>575</sup> D.l. n. 201/2011, art. 41. Già in precedenza, nel 2006 e nel 2008, si era proceduto a individuare il perimetro delle opere prioritarie, si v. E. SIGNORINI, *Il finanziamento e la realizzazione delle grandi infrastrutture in Italia*, cit., 373-374. I ripetuti tentativi di individuare un gruppo di infrastrutture prioritarie rispetto all'intero piano inserito nella Legge obiettivo mettono in discussione l'utilità di una programmazione così estesa come quella operata nel 2001.

<sup>576</sup> Si v. CAMERA DEI DEPUTATI — XVII LEGISLATURA, *L'attuazione della “Legge obiettivo”. Nota di sintesi e focus tematici*, 8° rapporto per la VIII Commissione Ambiente, territorio, lavori pubblici, cit., 9.

con progetto preliminare o progetto definitivo e quadro finanziario approvati, corrispondono a un ammontare di 141 miliardi di euro, pari al 38% del costo dell'intero programma<sup>577</sup>. Considerando complessivamente i finanziamenti pubblici e privati, la disponibilità finanziaria ammonta a 163,3 miliardi di euro; tali risorse consentono una copertura finanziaria del 44% del costo dell'intero PIS, mentre il fabbisogno residuo ammonta a 212 miliardi<sup>578</sup>. Tuttavia, dall'ammontare totale del programma occorre sottrarre opere per 89,8 miliardi di euro che, nel corso degli aggiornamenti annuali del PIS, sono usciti dal perimetro delle infrastrutture strategiche individuate dal Governo<sup>579</sup>. Sembra inoltre il caso di sottolineare come il PIS abbia registrato una fase di stabilizzazione rispetto all'ammontare del costo delle opere negli anni dal 2012 al 2013, con un sensibile aumento di opere di piccola dimensione di carattere manutentivo<sup>580</sup> e di concentrazione delle risorse su un novero più circoscritto di infrastrutture, in seguito alla ridefinizione delle priorità avvenuta con le citate modifiche legislative del 2011<sup>581</sup>. L'XI Allegato infrastrutture al DEF 2013 ha così individuato come opere prioritarie 431 interventi del costo complessivo di 113 miliardi, pari al 39% del costo degli interventi presenti nel PIS<sup>582</sup>. Dall'analisi della selezione delle priorità e della riprogrammazione delle risorse relative alla Legge obiettivo emerge che: circa i due terzi del costo delle infrastrutture prioritarie riguarda infrastrutture classificate come ricomprese nel *core network* delle reti TEN-T; il 63,5% del costo delle infrastrutture prioritarie riguarda opere in realizzazione, cioè che hanno superato la fase della progettazione; il 52% delle risorse private destinate all'insieme degli interventi indicati nella tabella 0 dell'aggiornamento dell'XI Allegato infrastrutture riguarda le infrastrutture ora considerate prioritarie<sup>583</sup>.

L'aggiornamento dell'XI Allegato Infrastrutture al DEF 2013, trasmesso al Parlamento il 30 settembre 2013, fornisce ulteriori informazioni rispetto all'opera di razionalizzazione del numero delle infrastrutturali strategiche iniziata nel 2011. Nel citato Aggiornamento sono presenti tre gruppi di opere prioritarie: il primo gruppo comprende interventi deliberati dal CIPE tra il 2002 e il settembre 2013 e attualmente in fase di realizzazione; il secondo gruppo comprende interventi deliberati dal CIPE, tra il 2002 e settembre 2013 e in fase di istruttoria; il terzo gruppo comprende interventi in fase di progettazione non inclusi nel perimetro di

---

<sup>577</sup> *Ivi*, 10.

<sup>578</sup> *Ibidem*.

<sup>579</sup> *Ivi*, 11.

<sup>580</sup> *Ivi*, 10-11.

<sup>581</sup> *Ibidem*.

<sup>582</sup> *Ivi*, 12.

<sup>583</sup> *Ivi*, 12.

quelli già deliberati dal Cipe, tra il 2002 e settembre 2013, con *iter* istruttorio in corso ai sensi della l. n. 443/2001<sup>584</sup>. I tre gruppi di opere, selezionati in base ai criteri indicati dall'art. 41, co. 1, del d.l. n. 201/2011 precedentemente menzionati, hanno un costo complessivo di 113 miliardi, aggiornato al 31 ottobre 2013, e rappresentano il 30% rispetto all'intero Programma<sup>585</sup>. Il valore delle opere ultimate, pari a circa 47 miliardi di euro, rappresenta solo 13% del valore totale del Programma al 31 ottobre 2013 contro il 10% dell'anno precedente (6,3 miliardi di euro in più, pari ad un incremento del 15%)<sup>586</sup>.

Rispetto al settore del trasporto che è di nostro interesse, si segnala come quest'ultimo rappresenti il 95% del costo e il 57% delle opere dell'intero programma<sup>587</sup> e quasi il 90% del costo delle opere individuate come prioritarie dall'XI Allegato infrastrutture<sup>588</sup>. Per quanto riguarda il settore autostradale, dall'approvazione della Legge obiettivo, sono state presentate delle proposte di realizzazione di nuove tratte in *project financing* per un totale di 7 progetti, pari a 647 chilometri e 13,5 miliardi di euro di investimenti<sup>589</sup>. Lo stato di attuazione degli interventi in questione risulta diversificato:

- Porto di Ancona. La convenzione è stata stipulata il 18 dicembre 2013 (10,7 chilometri per 574,5 mln di investimento).
- Ragusa-Catania. La concessione è in fase di aggiudicazione (68,0 chilometri per 898,9 mln di investimento).
- Caianello-Benevento. È in corso di redazione il piano economico-finanziario per tener conto della defiscalizzazione (60,9 chilometri per 616,4 mln di investimento).
- Collegamento A1 (Capua)-Crazzanico-Area Domitiana. È in corso un contenzioso conseguente all'aggiudicazione provvisoria (41,6 chilometri per 305,3 mln di investimento).
- Orte-Mestre. Il progetto è stato approvato dal Cipe (396,3 chilometri per 9.448,70 mln di investimento).
- Ferrara-Porto Garibaldi. È in fase di predisposizione lo studio di VIA (53,0 chilometri per 826,1 mln di investimento).

---

<sup>584</sup> *Ivi*, 64.

<sup>585</sup> *Ivi*, 65.

<sup>586</sup> *Ivi*, 22-23.

<sup>587</sup> *Ivi*, 16.

<sup>588</sup> *Ivi*, 66.

<sup>589</sup> Si v. MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI, *Il sistema autostradale in concessione e regolamentazione del sistema tariffario*, Audizione del Ministro Lupi alla Commissione VIII del Senato della Repubblica, 22 gennaio 2014, 11.

- Collegamento Campogalliano-Sassuolo. La concessione è in fase di aggiudicazione (16,5 chilometri per 516,0 mln di investimento<sup>590</sup>).

Il breve *excursus* sulla programmazione infrastrutturale mostra come la pianificazione delle opere strategiche si sia dimostrata ridondante e non abbia comportato un effettivo aumento delle opere realizzate. D'altra parte, come vedremo, anche le opere proposte da operatori privati nel settore autostradale non hanno ancora portato all'apertura di nuovi cantieri.

## 5. Le modalità di affidamento

Le modalità di affidamento delle concessioni di costruzione e gestione e della sola concessione di gestione delle autostrade sono state fissate con il decreto-legge 8 aprile 2008, n. 59, che rimanda all'art. 144 (*Affidamento delle concessioni di lavori pubblici*) e all'art. 153 (*Finanza di progetto*) del decreto legislativo n. 163/2006<sup>591</sup>. Nel nostro ordinamento, l'ambito oggettivo del *project financing* comprende i lavori pubblici e i lavori di pubblica utilità compresi nella programmazione triennale dell'amministrazione aggiudicatrice o in altri strumenti di programmazione approvati<sup>592</sup>. La condizione dell'inserimento delle opere che sono oggetto di proposta in strumenti di pianificazione ha lo scopo di indirizzare le risorse private verso opere ritenute necessarie dalle pubbliche amministrazioni<sup>593</sup>. Il concessionario dell'opera in finanza di progetto può essere individuato in diversi modi<sup>594</sup>. La prima modalità prende le mosse da un bando a base del quale viene posto uno studio di fattibilità presentato dall'amministrazione, che sceglierà il promotore in base all'offerta economicamente più vantaggiosa rispetto ai progetti preliminari presentati<sup>595</sup>. La seconda modalità prevede una procedura caratterizzata da una doppia gara: con la prima l'amministrazione sceglie il promotore dal quale acquisisce il progetto preliminare da porre a base della

<sup>590</sup> *Ibidem*.

<sup>591</sup> D.l. n. 59/2008, art. 8-*duodecies*, co. 2-*ter*

<sup>592</sup> D. lgs. n. 163/2006, art. 153, co. 1.

<sup>593</sup> Si v. C. MALINCONICO, *Il project financing*, in M.A. SANDULLI, R. De NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, IV, Milano Giuffrè, 2008, 2617.

<sup>594</sup> Si v. R. GIANI, *Procedura di gara e scelta del concessionario alla luce della giurisprudenza e delle novità del terzo correttivo*, in G.F. CARTEI, M. RICCHI (a cura di), *Finanza di progetto, temi e prospettive*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010; M.S. SAMBRI, *Project financing. La finanza di progetto per la realizzazione di opere pubbliche*, Padova, CEDAM, 2013.

<sup>595</sup> D. lgs. n. 163/2006, art. 153, co. 1-14.

seconda gara con la quale si sceglie l'offerta economicamente più vantaggiosa, salvo la possibilità per il promotore di essere preferito al vincitore adeguando la propria offerta<sup>596</sup>. Una terza opzione, nel caso l'amministrazione aggiudicatrice non abbia emanato il bando per far fronte alle sue previsioni di programmazione, prevede che sia l'iniziativa di un privato a imporre l'emanazione di un avviso per l'individuazione di una proposta ritenuta di pubblico interesse, *iter* che può poi svolgersi in diversi modi: dialogo competitivo, concessione *ex art.* 143 o procedura selettiva *ex art.* 153, co. 15<sup>597</sup>. Infine, anche che l'iniziativa privata può dare avvio alla realizzazione di lavori in finanza di progetto non contemplati nella programmazione dell'amministrazione<sup>598</sup>.

Nel caso di opere considerate strategiche ai sensi della "Legge Obiettivo", la progettazione, la realizzazione e la gestione sono disciplinate da norme speciali sempre contenute nel d. lgs. n. 163/2006<sup>599</sup>. La realizzazione delle infrastrutture strategiche è oggetto di concessione di costruzione e gestione o affidamento unitario a contraente generale<sup>600</sup>.

La realizzazione e la gestione delle opere considerate strategiche, per le quali il soggetto aggiudicatore intende ricorrere a finanza di progetto, sono affidate ai sensi dell'art. 175, d. lgs. n. 163/2006: entro novanta giorni dalla delibera Cipe di approvazione dello studio di fattibilità il soggetto aggiudicatore provvede alla pubblicazione del bando<sup>601</sup>, il promotore è scelto in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa<sup>602</sup> e dovrà apportare al progetto preliminare, allo schema di convenzione e al PEF le modifiche eventualmente intervenute in fase di approvazione del progetto preliminare del Cipe<sup>603</sup>. In caso il promotore non accetti le variazioni, il soggetto aggiudicatore potrà richiedere ai concorrenti successivi in graduatoria di apportare tali modifiche alle medesime condizioni<sup>604</sup>.

Per quanto riguarda la fase approvativa dei progetti nel settore autostradale, occorre sottolineare i tempi medi per la valutazione di impatto ambientale (VIA) di 24 mesi e per la conferenza di servizi di 19 mesi<sup>605</sup>. Per ovviare ai ritardi nella fase progettuale delle infrastrutture strategiche, il legislatore ha istituito

---

<sup>596</sup> *Ivi*, co. 15.

<sup>597</sup> *Ivi*, co. 16-18.

<sup>598</sup> *Ivi*, co. 19-20.

<sup>599</sup> *Ivi*, artt. da 161 a 185.

<sup>600</sup> *Ivi*, artt. 173, 174 e 176.

<sup>601</sup> *Ivi*, art. 175, co. 4.

<sup>602</sup> *Ivi*, co. 6.

<sup>603</sup> *Ivi*, co. 5, lett. b).

<sup>604</sup> *Ibidem*.

<sup>605</sup> Si v. MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI, *Il sistema autostradale in concessione e regolamentazione del sistema tariffario*, cit., 48-49.

l'approvazione unica da parte del Cipe ex art. 169-*bis*, d. lgs. n. 163/2006<sup>606</sup>. Il Cipe può, su proposta del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, approvare il progetto preliminare assicurando l'integrale copertura finanziaria del progetto<sup>607</sup>. Tale approvazione unica permette di evitare che il Cipe debba deliberare anche sul progetto definitivo. Infatti, a seguito dell'approvazione del progetto preliminare, le amministrazioni coinvolte hanno 45 giorni per proposte di adeguamento, richieste di prescrizioni o varianti migliorative, nei trenta giorni successivi il Ministro valuta la compatibilità di proposte e richieste<sup>608</sup> e poi emana un decreto che approva il progetto definitivo, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e il Ministro dell'ambiente e sentito il Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica (Dipe) che può pronunciarsi entro 60 giorni, trascorsi infruttuosamente i quali il decreto può essere comunque adottato<sup>609</sup>.

Sui tempi della successiva fase di costruzione, con particolare riferimento alle opere strategiche, è stata registrata una certa incidenza delle varianti in corso d'opera: in 210 lotti su 373 relativi a opere concluse o in esecuzione è stato necessario apportare varianti rispetto alla progettazione inizialmente approvata<sup>610</sup>. L'incidenza delle varianti negli appalti fino a 100 milioni di euro supera il 50%, mentre risulta pari o inferiore al 50% negli appalti superiori a tale soglia (negli appalti superiori al miliardo è pari al 19%)<sup>611</sup>. Le varianti raggiungono un'incidenza del 73% quando il criterio di scelta è quello del prezzo più basso, mentre per l'offerta economicamente più vantaggiosa raggiungono un'incidenza del 46%<sup>612</sup>. Rispetto al tipo di prestazioni, le varianti riguardano il 71% dei casi di appalto di sola esecuzione, il 50% dei casi di concessione ex art. 143 d. lgs. n. 163/2006, mentre nei casi di finanza di progetto riguardano solo il 25% dei lotti<sup>613</sup>. Rispetto ai giorni di proroga per ogni singola variabile, occorre sottolineare che per le opere concluse ci sono state 2,8 varianti per lotto con proroghe di 78,8 giorni per variante, mentre nelle opere in esecuzione la media delle varianti è di 3,4 per lotto con proroghe di 96,2 giorni per ogni variante<sup>614</sup>. Le motivazioni delle proroghe sono spesso riferite a cause impreviste e imprevedibili che talvolta però

---

<sup>606</sup> La disposizione è stata inserita dal d.l. n. 201/2011, art. 41, co. 2, all'interno di una serie di misure volte favorire la costruzione di nuove infrastrutture per il rilancio dell'economia nazionale. Si v. A. TONETTI, *Il rilancio delle infrastrutture: il ritorno alle misure ordinamentali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3, 2012.

<sup>607</sup> D. lgs. n. 163/2006, art. 169-bis, co. 1.

<sup>608</sup> *Ivi*, co. 3.

<sup>609</sup> *Ivi*, co. 1.

<sup>610</sup> AVCP, *Relazione annuale 2012*, Roma, Senato della Repubblica, 17 luglio 2013, 269.

<sup>611</sup> *Ivi*, 270.

<sup>612</sup> *Ivi*, 271.

<sup>613</sup> *Ivi*, 272.

<sup>614</sup> *Ivi*, 273.

mascherano l'insufficiente capacità delle stazioni appaltanti di progettare opere pubbliche anche quando queste non sono di importo elevato<sup>615</sup>.

Nell'ambito della gestione, il ruolo di concedente autostradale è affidato al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti cui sono state assegnate le funzioni prima svolte da Anas Spa; in particolare la funzione di selezione dei concessionari, nonché la vigilanza e il controllo sui concessionari (si v. par. 2 *Il sistema di governance statale*). I concessionari sono attualmente 25, i rapporti concessori sono però 26 poiché Satap S.p.A. risulta titolare sia per l'Autostrada A21 (Torino-Piacenza) che per la A4 (Torino-Milano)<sup>616</sup>. Le società concessionarie autostradali gestiscono 5821,5 chilometri di rete, dei quali 2854,6 affidati a Autostrade per l'Italia S.p.A.<sup>617</sup>. La seconda tratta autostradale in concessione più lunga è l'Autostrada del Brennero con 318 km; delle tratte autostradali in concessione 10 non arrivano a 100 km di lunghezza<sup>618</sup>.

Sulla natura dei concessionari occorre rilevare che 18 concessionari su 24 presentano la partecipazione variabile di Province e Regioni. ANAS S.p.A. gestisce direttamente 10 tratte autostradali senza pedaggio per un totale di 953,8 chilometri<sup>619</sup>. Il Mit sta procedendo al riaffidamento dell'autostrada A21 Piacenza-Cremona-Brescia, della A22 Modena-Brennero<sup>620</sup> e della A3 Napoli-Salerno<sup>621</sup>.

Si noti che, negli ultimi anni, tre concessioni in scadenza non sono state assegnate con gara: l'autostrada Padova-Mestre è stata assegnata a una società partecipata da Anas e Regione Veneto; per le autostrade Brescia-Padova e Cisa, la proroga della concessione è stata giustificata dalla decisione di costruire nuove tratte. Rispetto alle modalità di affidamento della concessione autostradale, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Agcm) ha segnalato la

---

<sup>615</sup> *Ibidem*, 273-274. Si tenga presente che il decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, art. 37, ha disposto che la documentazione relativa alle varianti in corso d'opera approvate dalla stazione appaltante di importo superiore eccedente il 10% l'importo originario sia inviata all'Autorità nazionale anticorruzione per le valutazioni e gli eventuali provvedimenti di competenza. Occorrerà valutare in futuro se tale disposizione sarà un incentivo alla riduzione delle varianti o se rischierà di aumentare i tempi di realizzazioni dell'opera.

<sup>616</sup> Si v. MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI, *Il sistema autostradale in concessione e regolamentazione del sistema tariffario*, cit., 6 ss., cui si deve aggiungere la società che gestisce l'autostrada Bre.be.mi entrata in funzione a luglio 2014.

<sup>617</sup> *Ibidem*.

<sup>618</sup> *Ibidem*.

<sup>619</sup> *Ivi*, 7.

<sup>620</sup> Il Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 1243 ha annullato il bando di gara recante l'affidamento della concessione di costruzione e gestione dell'autostrada del Brennero A22 perché l'individuazione delle opere "infrastrutturali complementari, anche urbane o consistenti in gallerie, la cui realizzazione, anche mediante il ricorso alla finanza di progetto, deve rientrare tra gli obblighi assunti dal concessionario" era stata effettuata dall'ANAS mentre il comma 2-bis dell'articolo 8-duodecies del decreto-legge 8 aprile 2008, n. 59 affidava tale compito al MIT d'intesa con il MEF.

<sup>621</sup> Si v. MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI, *Il sistema autostradale in concessione e regolamentazione del sistema tariffario*, cit., 12.

necessità di introdurre disposizioni che privilegino meccanismi di attribuzione delle concessioni secondo procedure di selezione competitiva e che le procedure di gara aperte siano poste in essere per tempo evitando così proroghe<sup>622</sup>. La scarsa affermazione del modello di concorrenza per il mercato nel settore autostradale è stata causata in particolare dalla difficoltà di equilibrare l'interesse pubblico con quello dei concessionari privati nel periodo di transizione dalla proprietà pubblica a un settore regolato<sup>623</sup>. Inoltre, anche le difficoltà dell'amministrazione nell'organizzare le stesse gare sembrano aver contribuito alla scarsa affermazione di tale modello. In particolare, si segnala il caso dell'autostrada A21 Piacenza-Cremona-Brescia e dell'autostrada Napoli-Pompei-Salerno, le cui gare per l'aggiudicazione delle concessioni risultano bloccate da due anni. Gli schemi di convenzione delle concessioni sono stati infatti oggetto di approvazione con l'art. 5, co.4, del d.l. n. 133/2014 al fine di accelerare il riaffidamento delle stesse<sup>624</sup>.

Si dovrebbe inoltre osservare che l'ordinamento nazionale, al fine di assicurare l'equilibrio economico-finanziario e di conseguenza gli investimenti necessari, prevede che le concessioni superino i 30 anni previa verifica del Cipe, sentito il Nars<sup>625</sup>. Nel caso le variazioni apportate al fine di riequilibrare il piano economico-finanziario siano però più favorevoli per il concessionario, la revisione del piano dovrà essere effettuata a favore del concedente; per le concessioni di importo superiori al miliardo la durata può essere stabilita fino a cinquanta anni<sup>626</sup>. Come già accennato, l'istituto della proroga della concessione autostradale da un lato garantisce nuovi investimenti nel medio periodo, dall'altro comporta un vantaggio per il concessionario uscente rispetto a gara potenziali concorrenti del settore<sup>627</sup>. In realtà anche le novità introdotte con il d.l. n. 133/2014, che permettono di introdurre modifiche al rapporto concessorio mediante l'unificazione di tratte interconnesse per garantire nuovi investimenti, sembrano perseguire questa strada. Alla luce di queste scelte, si può ritenere che il legislatore abbia privilegiato la possibilità di nuovi investimenti, alla luce del ritardo infrastrutturale e della congiuntura economica, rispetto alla promozione della concorrenza in questo settore.

Per meglio comprendere i problemi collegati all'istituto della concessione di costruzione e gestione delle autostrade, nonché della sola gestione, occorre fare

---

<sup>622</sup> AGCM, AS988 – *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2013*, punto 5.

<sup>623</sup> In senso critico rispetto alla scarsa affermazione della concorrenza per il mercato nel settore autostradale, si v. G. RAGAZZI, *L'autostrada non cambia percorso*, in *Lavoce.info*, 14 dicembre 2012.

<sup>624</sup> Le concessioni risultano scadute rispettivamente il 30 settembre 2011 e il 31 dicembre 2012.

<sup>625</sup> D. lgs. n. 163/2006, art. 143, co. 8.

<sup>626</sup> *Ibidem*.

<sup>627</sup> Si v. i casi citati dell'autostrada Brescia-Padova e dell'autostrada della Cisa.



riferimento al quadro di applicazione del PPP in Italia. I dati di seguito riportati e analizzati non riguardano propriamente il settore autostradale. Lo stesso il loro esame può fornire un indice della fecondità del partenariato pubblico privato in Italia.

Tra il gennaio 2002 e il dicembre 2010, sono state indette 10.617 gare di PPP e il valore complessivo del mercato, cioè l'ammontare degli importi messi in gara, si attesta a quota 52,8 miliardi<sup>628</sup>. Per quanto riguarda le aggiudicazioni, tra il gennaio 2002 e il dicembre 2010 sono state censite 2.925 aggiudicazioni per un importo complessivo a base di gara di oltre 30 miliardi<sup>629</sup>. Rispetto agli ambiti in cui il PPP viene utilizzato, il primato in termini di valore spetta al settore dei trasporti con opere per 22 miliardi di euro messe a gare, con aggiudicazioni per 13 miliardi<sup>630</sup>. Solo nel 2012 le gare sono state 3.204, per un volume d'affari di 8,7 miliardi<sup>631</sup>. Rispetto al 2011 si rileva una crescita di domanda a cui fa però riscontro un netto calo del valore economico<sup>632</sup>. Tra il 2011 e il 2012 il numero di gare aumenta del 13%, da 2.832 a 3.204 gare, mentre il volume d'affari si riduce del 35%, da 13,3 miliardi di euro di importi messi in gara a 8,7<sup>633</sup>. Poche gare di PPP si concretizzano: si passa da 796 gare aggiudicate nel 2011 a 642 nel 2012 (-19%) e da 8,3 miliardi di euro di valore a 3,8 miliardi (-54%)<sup>634</sup>. Se si prendono in considerazione le 257 iniziative di gara in PPP dal 2002 a giugno 2014 con importo superiore a 50 milioni si può avere piena contezza del fenomeno: 101 iniziative si sono interrotte, 28 sono in corso di aggiudicazione mentre 128 sono le operazioni aggiudicate, delle quali 96 hanno raggiunto la stipula del contratto, 70 presentano cantieri avviati o conclusi e 51 sono in fase di gestione<sup>635</sup>. L'alto tasso di bandi di PPP che non portano a aggiudicazione, come emerge dai dati appena riportati, potrebbe essere ridotto agendo su alcuni aspetti: una maggiore standardizzazione dei contratti di PPP, modifiche legislative volte a limitare i contenziosi, semplificazione delle procedure di aggiudicazione e riduzione dei tempi tra quest'ultima e il *closing* finanziario, al fine di agire anche sulla bancabilità dei progetti<sup>636</sup>. Proprio il mancato o tardivo coinvolgimento di banche

---

<sup>628</sup> OSSERVATORIO NAZIONALE *PROJECT FINANCING*, 10 anni di Partenariato Pubblico Privato in Italia — *Sintesi*, Cresme, Ottobre 2011, 5.

<sup>629</sup> *Ibidem*.

<sup>630</sup> *Ivi*, 15.

<sup>631</sup> Si v. OSSERVATORIO NAZIONALE *PROJECT FINANCING*, *Il partenariato pubblico privato in Italia nel 2012. Una strada obbligata per il rilancio delle imprese*. *Sintesi*, Cresme, gennaio 2013, 7.

<sup>632</sup> *Ibidem*.

<sup>633</sup> *Ibidem*.

<sup>634</sup> *Ivi*, 8.

<sup>635</sup> UTFP, *Relazione sull'attività svolta nel 2013*, Roma, luglio 2014, 24-27.

<sup>636</sup> Si v. ANCE, *Linee guida per la predisposizione delle convenzioni di concessione e gestione*, Maggio 2014, 47.

e istituti finanziari nel progetto porta il periodo tra l'aggiudicazione e il *closing* finanziario a superare spesso l'anno e, in qualche occasione, i due anni<sup>637</sup>.

Per quanto concerne il *financial closing* nel 2012 ne è stato registrato uno solo di importo superiore a 10 milioni di euro, rispetto ai 3 dell'anno precedente<sup>638</sup>. Nel 2013 vi è stato un lieve rialzo, infatti sono stati registrati 4 *closing* finanziari di importo superiori ai 10 milioni di euro, di cui 2 relativi al settore autostradale (Brescia-Bergamo-Milano e Tangenziale Esterna Est di Milano)<sup>639</sup>. Le ragioni di tale bassissimo livello di aggiudicazione dei progetti in PPP vanno ricercate nella complessità e nella lentezza delle procedure, nell'elevata instabilità normativa, nella carenza di *expertise* all'interno delle pubbliche amministrazioni, nella numerosità delle prescrizioni e dei contenziosi e nell'attuale scarsità di finanziamenti sia pubblici che privati<sup>640</sup>. L'Unità Tecnica Finanza di Progetto (Utfp)<sup>641</sup> ha messo in luce come l'attività di consulenza da esso svolta porti il tasso di aggiudicazione dei PPP messi a gara al 70%<sup>642</sup>. Nel 2012, il valore dei bandi in PPP è notevolmente calato rispetto al 2011 soprattutto a causa della riduzione dell'importo delle concessioni di lavori a iniziativa pubblica<sup>643</sup>. Il peso in termini di valore dei bandi relativi alle concessioni di lavori pubblici (circa 5,2 miliardi di euro) rispetto al totale dei bandi di gara per opere pubbliche, è passato dal 30 per cento nel 2011 al 22 per cento del 2012; il valore dell'intero mercato dei bandi di PPP sul totale delle opere pubbliche è così passato dal 43 per cento al 35 per cento<sup>644</sup>.

Per quanto riguarda i bandi di PPP, i dati sul 2012 dimostrano che la gara unica *ex art.* 143 e art. 153 d. lgs. n. 163/2006 viene scelta un numero significativo

<sup>637</sup> Si v. EPEC, *Italy PPP Units and Related Institutional Framework*, Bruxelles, August 2012, 17-18.

<sup>638</sup> Si v. UTFP, *Relazione al Cipe sull'attività svolta nel 2012 dall'Unità Tecnica Finanza di Progetto (UTFP)*, 5. Si noti però che è stato possibile aprire i cantieri di importanti opere prima del *closing* finanziario grazie a prestiti ponte.

<sup>639</sup> Si v. UTFP, *Relazione sull'attività svolta nel 2013, cit.*, 21.

<sup>640</sup> Si v. UTFP, *Relazione al Cipe sull'attività svolta nel 2012 dall'Unità Tecnica Finanza di Progetto (UTFP)*, 5.

<sup>641</sup> L'UTFP è un organismo tecnico istituito dall'art. 7 della l. n. 144/1999 presso il CIPE che con il d.l. n. 181/2006 è stato trasferito presso il DIPE della Presidenza del Consiglio dei Ministri. L'UTFP ha il compito di promuovere la diffusione del PPP nelle pubbliche amministrazioni attraverso la prestazione di servizi di assistenza tecnica, legale e finanziaria, in tutte le fasi dei procedimenti attraverso cui si realizzano progetti in PPP.

<sup>642</sup> UTFP, *Relazione al Cipe sull'attività svolta nel 2012 dall'Unità Tecnica Finanza di Progetto (UTFP)*, 5.

<sup>643</sup> La principale ragione di tale dinamica è da ricercarsi sia nel fatto che il 2011 è stato caratterizzato dalla presenza di due opere di importo eccezionale come la realizzazione del Corridoio Roma-Latina e collegamento Cisterna Valmontone (2,7 miliardi di euro) e la manutenzione straordinaria dell'A22 – Autostrada del Brennero (3 miliardi di euro) bandite con tale procedura, sia nella più generale diminuzione delle opere di importo maggiore di 50 milioni di euro (che dal punto di vista numerico sono diminuite di circa il 37 per cento). Si v. *Ivi*, 11.

<sup>644</sup> *Ibidem*.

di volte per importi minori nell'ordine delle decine di milioni, mentre la doppia gara *ex art.* 153 viene scelta un numero minore di volte ma riguarda importi superiori ai cento milioni di media<sup>645</sup>. La procedura con doppia gara permette infatti alle amministrazioni, nel corso della seconda fase, di rivedere e affinare il progetto e le condizioni economiche relative ai costi, alla contribuzione pubblica e agli eventuali canoni<sup>646</sup>.

I bandi e i relativi allegati, piano economico-finanziario compreso, devono assicurare, come già anticipato, elevati livelli di bancabilità dell'opera<sup>647</sup>. A tal fine l'amministrazione aggiudicatrice può incontrare gli operatori economici, prima della presentazione delle offerte, per discutere di criticità sotto il profilo della finanziabilità dei progetti; non possono invece essere oggetto di consultazione le misure di defiscalizzazione e gli eventuali contributi pubblici<sup>648</sup>. La normativa richiamata prevede che il piano economico-finanziario della finanza di progetto sia asseverato da un istituto di credito, al fine di valutarne l'idoneità rispetto alla proposta del promotore<sup>649</sup>. Tale obbligo a carico del promotore di sottoporre il PEF a verifica di congruità di un soggetto terzo, è finalizzata a ridurre la carenza informativa dell'amministrazione pubblica sull'operazione, a fonte di una notevole complessità<sup>650</sup>. Vista l'incertezza definitoria di tale asseverazione, che non può essere una mera verifica di massima del PEF ma non deve neanche essere un vincolo per l'istituto di credito al finanziamento, il legislatore ha modificato la norma inserendo la possibilità che istituti finanziatori firmino una manifestazione di interesse a finanziare l'opera. In questo modo il promotore, per dare concretezza alla fattibilità dell'infrastruttura, è costretto a cercare finanziatori disposti ad impegnare la loro credibilità nella progettazione dell'opera in questione<sup>651</sup>.

Si noti inoltre che l'art. 144 del d. lgs. n. 163/2006 prevede che venga fissato un termine, non superiore ai 24 mesi dall'approvazione del progetto definitivo, per la sottoscrizione di un contratto di finanziamento, pena la risoluzione del rapporto<sup>652</sup>.

Le norme appena descritte relative alla bancabilità delle opere autostradali sono recenti correttivi dell'art. 144 del Codice dei contratti pubblici apportati dal

---

<sup>645</sup> *Ivi*, 14.

<sup>646</sup> *Ibidem*.

<sup>647</sup> D. lgs. n. 163/2006, art. 144, co. 3-*bis*.

<sup>648</sup> *Ibidem*.

<sup>649</sup> Si v. G. FIDONE, *L'asseverazione bancaria del piano economico finanziario*, in G.F. CARTEI, M. RICCHI (a cura di), *Finanza di progetto, temi e prospettive*, cit. 250.

<sup>650</sup> *Ivi*, 253-254.

<sup>651</sup> Si v. A. TONETTI, *Ancora sulle infrastrutture: il nodo della "fattibilità"*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, 12, 1161.

<sup>652</sup> D. lgs. n. 163/2006, art. 144, co. 3-*quarter*.

d.l. n. 1/2012 e n. 69/2013 che mirano a contrastare la patologia delle gare in PPP che non arrivano a aggiudicazione o *financial closing* per una mancata analisi dell'equilibrio economico-finanziario e quindi della possibilità di ottenere credito dal settore finanziario, in un periodo di scarsità di contributi pubblici.

Il requisito della finanziabilità e della bancabilità risulta particolarmente importante alla luce della rilevanza che le risorse private stanno assumendo nella costruzione delle infrastrutture, in generale, e nel PIS: rispetto al totale delle opere comprese nel PIS risultano in crescita i finanziamenti privati, 57 miliardi individuati a ottobre 2013 contro 53 individuati a settembre 2012 (+ 6,7%), ma resta stabile, su una quota del 20%, l'incidenza del costo presunto complessivo delle infrastrutture del PIS per le quali è prevista una contribuzione privata, pari a circa 72 miliardi<sup>653</sup>. Rispetto al DEF 2013 e alle opere considerate prioritarie, le risorse private rappresentano ben il 41% di quelle disponibili<sup>654</sup>.

## 6. La regolazione del rapporto

I rapporti tra concedente e concessionario sono regolati dalle convenzioni uniche redatte ai sensi del d.l. n. 262/2006 e della successiva normativa di carattere secondario, entro cui sono individuati compiutamente diritti e obblighi del concessionario. Rispetto alla durata del rapporto di concessione, la l. n. 463/1955 aveva stabilito che la durata massima della concessione non potesse superare i trent'anni dall'apertura all'esercizio dell'autostrada<sup>655</sup>. Come già accennato, tuttavia, l'ordinamento prevede attualmente la possibilità di superare il limite massimo dei trent'anni per garantire nuovi investimenti<sup>656</sup>.

L'*iter* di approvazione della convenzione unica stabilisce che questa venga redatta sentito il Nars e sia successivamente sottoposta all'esame del Cipe; la convenzione viene successivamente inviata, insieme a eventuali pareri del Cipe, alle competenti Commissioni parlamentari per un parere che deve essere reso entro 30 giorni, trascorsi i quali le convenzioni possono essere comunque adottate<sup>657</sup>.

---

<sup>653</sup> Si v. CAMERA DEI DEPUTATI — XVII LEGISLATURA, *L'attuazione della "Legge obiettivo". Nota di sintesi e focus tematici, 8° rapporto per la VIII Commissione Ambiente, territorio, lavori pubblici, cit.*, 14.

<sup>654</sup> *Ibidem*.

<sup>655</sup> L.n. 463/1955, art. 3, co. 2.

<sup>656</sup> D. lgs. n. 163/2006, art. 143, co. 8.

<sup>657</sup> D.l. n. 262/2006, art. 2, co. 84.

Per quanto riguarda la procedura di adeguamento annuale della tariffa prevista nelle convenzioni, il concessionario comunica al concedente entro il 15 ottobre di ogni anno, le variazioni che intende applicare alle tariffe. Entro il 15 dicembre, con decreto motivato del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, di concerto con il Ministero dell'Economia, sono approvate o rigettate le variazioni proposte. Il citato d.l. n. 262/2006 prevede alcuni obblighi in capo ai concessionari. In primo luogo, la certificazione del bilancio, anche per i concessionari non quotati in borsa. In secondo luogo, il mantenimento di requisiti adeguati di solidità patrimoniale, come individuati nelle convenzioni. In terzo luogo, in ordine all'affidamento a terzi di lavori. In quarto luogo, la sottoposizione all'approvazione del concedente degli schemi dei bandi di gara delle procedure di aggiudicazione, vietando la partecipazione alle gare per l'affidamento di lavori alle imprese collegate ai concessionari. Infine, la previsione nello statuto dei concessionari di misure atte a prevenire conflitti d'interesse degli amministratori, richiedendo speciali requisiti di onorabilità e professionalità oltreché di indipendenza nei casi previsti.

Nelle convenzioni sono disciplinati sia obblighi di carattere generale sia adempimenti puntuali, il cui termine è già fissato nella convenzione ovvero è oggetto di specifica richiesta da parte del concedente.

Con riferimento al concedente, i poteri disposti in convenzione per quest'ultimo sono quelli di richiedere informazioni ed effettuare controlli; di emanare direttive concernenti l'erogazione del servizio; di emanare direttive per la separazione contabile; di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie per inadempimento di obblighi contenuti nelle convenzioni; di segnalare all'Agcm eventuali violazioni della legge 10 ottobre 1990, n. 287; di intervenire in sostituzione del concessionario in caso di inerzia nell'adempimento degli obblighi previsti in convenzione<sup>658</sup>. In particolare, il concedente vigila sul rispetto da parte del concessionario degli adempimenti convenzionali e, nei casi espressamente stabiliti in un apposito allegato alle convenzioni, può applicare sanzioni o penali.

In relazione ai concessionari, tra i principali impegni previsti nelle singole convenzioni in capo a questi ultimi si segnalano l'obbligo di gestione tecnica e di mantenimento della funzionalità delle infrastrutture attraverso manutenzione e riparazioni tempestive; l'obbligo di trasmettere al concedente il programma delle manutenzioni ordinarie da svolgere nell'anno successivo, nonché l'obbligo di trasmissione al concedente dei singoli progetti potenziamento e adeguamento della rete, nonché di manutenzione straordinaria; l'obbligo di organizzare e mantenere

---

<sup>658</sup> Questa previsione è presente solo in alcuni schemi di convenzione tra i quali le austrade Brescia-Padova, Verona-Padova e Cisa.

un servizio di soccorso stradale; il trasferimento a titolo gratuito al concedente delle autostrade e delle relative pertinenze alla scadenza della concessione; il rispetto dei vincoli in tema di solidità patrimoniale; l’obbligo di richiedere un’autorizzazione per modificazioni soggettive del concessionario; il rispetto della normativa in vigore in materia di affidamento di lavori a società collegate e, infine, l’obbligo di corrispondere un canone annuo fissato al 2,4% dei proventi netti da pedaggio.

A seguito dell’attuazione del d.l. n. 262/2006, le convenzioni possono essere ripartite secondo due tipologie: le convenzioni cd. “ricognitive” e le convenzioni cd. “a riequilibrio”.

Le prime 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 legislative. Con riferimento alla formula tariffaria, nella maggior parte delle evenienze, l’aggiornamento annuo della tariffa è determinato su una percentuale fissa, per tutta la durata della concessione, dell’inflazione reale oltre che alle componenti legate agli investimenti, riconosciute in base all’effettivo stato di avanzamento degli stessi, in conformità a quanto stabilito dalla d.l. n. 185/2008. La disciplina delle convenzioni cd. ricognitive prevede inoltre che il piano finanziario venga aggiornato ogni cinque anni senza determinare il riequilibrio del piano finanziario né il riallineamento dei livelli tariffari. In sintesi, la disciplina delle convenzioni cd. ricognitive, non prevede meccanismi di rimodulazione del Pef, collegati a risultati di gestione nel quinquennio precedente, lasciando il rischio di gestione interamente a carico del concessionario.

Le convenzioni cd. “a riequilibrio” sono regolate dalla disciplina di cui alla delibera Cipe n. 39/2007. Quest’ultima definisce, in primo luogo, i contenuti del Pef, specificando tutti gli elementi che concorrono alla determinazione della tariffa e al raggiungimento del equilibrio economico finanziario della concessione. In secondo luogo, la delibera Cipe delinea i criteri di ammissibilità dei costi sostenuti e quelli per la remunerazione del capitale investito. In terzo luogo, è individuata la formula tariffaria, ordinata 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<sup>659</sup>.

---

<sup>659</sup> Delibera CIPE n. 39/2007, punto 5.3.

## 7. Le forma di auto-tutela e il sistema delle garanzie

A tutela dell'interesse pubblico sotteso alla costruzione e gestione autostradale, l'ordinamento italiano prevede la decadenza della concessione, che viene dichiarata a seguito di inadempimento grave di determinate disposizioni previste nelle convenzioni. Queste ultime individuano puntualmente le fattispecie di gravi inadempimenti contrattuali che, laddove reiterati, possono portare all'avvio del procedimento di decadenza della concessione, prevedendo specifici criteri per la determinazione di un indennizzo.

I casi di inadempimento che possono comportare la decadenza riguardano, a titolo esemplificativo e per la quasi totalità delle concessioni, il mancato mantenimento della funzionalità delle autostrade concesse, la mancata tenuta della contabilità analitica, il mancato mantenimento di adeguati requisiti di solidità economico-patrimoniale, il mancato rispetto dei vincoli sulla composizione del collegio sindacale.

Per quanto concerne la procedura di revoca della concessione, il concedente è tenuto a comunicare l'inadempimento contestato con le modalità di cui alla l. 7 agosto 1990, n. 241, art. 7, diffidandolo a adempiere entro un congruo termine, comunque non inferiore a 90 giorni, fermi restando i diritti dei partecipanti al procedimento. In caso di inottemperanza alla diffida o di rigetto delle controdeduzioni eventualmente proposte dal concessionario, il concedente assegna un ulteriore termine di 60 giorni per adempiere a quanto intimato, pena la decadenza, della concessione. Scaduto tale termine, il concedente richiede ai Ministri competenti l'assunzione del provvedimento di decadenza della concessione<sup>660</sup>. Il concessionario resta obbligato a proseguire nell'ordinaria amministrazione dell'esercizio dell'autostrada fino al trasferimento della gestione stessa. Nelle singole convenzioni sono fissati i criteri per la determinazione

---

<sup>660</sup> Questa previsione è presente in alcuni schemi di convenzione tra i quali le autostrade Brescia-Padova, Verona-Padova e Cisa, art. 9.2. Cfr. inoltre Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, sentenza 18 settembre 2012, n. 784. Il giudice amministrativo ha annullato il provvedimento di revoca della concessione di costruzione e esercizio delle autostrade regionali affidate al Consorzio per le Autostrade Siciliane per la mancata comunicazione di avvio del provvedimento. Il consorzio infatti, aveva presentato numerose controdeduzioni alla prima diffida per inadempimento presentata dal Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti. A detta del giudice amministrativo il provvedimento interministeriale di decadenza avrebbe dovuto essere proceduto da una nuova comunicazione di avvio del procedimento sanzionatorio, in modo da consentire al Consorzio di partecipare alla fase procedimentale decisoria, quale "sub procedimento valutativo avente spiccato carattere di autonomia sostanziale rispetto al precedente segmento istruttorio".

dell'indennizzo spettante al concessionario detratta una penale a titolo di danno (10%).

La convenzione disciplina, altresì, le ulteriori fattispecie di cessazione anticipata non imputabili al concessionario riguardanti il recesso, la revoca e la risoluzione della convenzione, fissando in questo caso i criteri per la determinazione dell'indennizzo che risulterà pari al valore delle opere già realizzate, delle penali da sostenere in conseguenza della risoluzione e del risarcimento del mancato guadagno, pari al 10 per cento del valore delle opere ancora da eseguire o della parte del servizio ancora da gestire<sup>661</sup>.

In ogni caso di cessazione anticipata della Convenzione, il trasferimento della concessione è subordinato al pagamento dell'indennizzo da parte del Concedente.

## 8. La risoluzione delle controversie

Ai sensi dell'art. 133, co. 1, *lett. e*), punto 1), c.p.a., sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie «*relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative*». D'altra parte, gli schemi di convenzione esaminati individuano nel Tribunale di Roma il foro competente per le controversie relative alla convenzione stessa.

In termini generali, i tempi della giustizia amministrativa in Italia, per quanto concerne i riti speciali quali, tra gli altri, gli affidamenti degli appalti e i provvedimenti delle Autorità indipendenti, risultano in linea con i termini massimi fissati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo di massimo tre anni per il primo grado e massimo due per il secondo<sup>662</sup>. Per quanto riguarda la giustizia civile, invece, i tempi per giungere a una sentenza registrati nel 2011 sono stati più

<sup>661</sup> D. lgs. n. 163/2006, art. 158.

<sup>662</sup> Si v. G. GIOVANNINI, *Inaugurazione dell'anno giudiziario 2014*, Consiglio di Stato, 8.



dilatati: 470 giorni per il primo grado, 1.060 giorni per l'appello, 1.105 giorni per il giudizio della Cassazione<sup>663</sup>. Per quanto riguarda il settore autostradale, l'attenzione è sicuramente per la giustizia civile, posto che è di competenza del giudice amministrativo il solo momento iniziale dell'affidamento. Merita comunque osservare che la mole principale del contenzioso si sviluppa innanzi al giudice amministrativo.

Tra le forme alternative di risoluzione delle controversie individuate dal d. lgs. n. 163/2006 occorre menzionare l'arbitrato<sup>664</sup>. Le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, possono essere deferite ad arbitri, previa autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione<sup>665</sup>. Il codice dei contratti distingue tra un arbitrato libero, nel quale le parti hanno raggiunto un accordo sulla composizione del consiglio arbitrale, e uno amministrato nel quale il presidente del collegio è nominato dalla Camera arbitrale istituita presso l'Avcp (ora Anac). Nel 2012 sono stati depositati 30 lodi amministrati e 84 liberi. In realtà solo 20 arbitrati hanno rispettato il termine di 240 giorni per la pronuncia previsto all'art. 820 del c.p.c. vanificando, di fatto, la principale ragione per il ricorso alla base del ricorso all'arbitrato, cioè la celerità<sup>666</sup>. La pubblica amministrazione è risultata soccombente nel 95% dei casi<sup>667</sup> e gli arbitrati liberi hanno visto cause di valore medio di 98 milioni di euro contro i 6 milioni dei lodi amministrati<sup>668</sup>. La previsione in convenzione della disciplina delle controversie — con l'indicazione delle modalità di ricorso a forme alternative di risoluzione e della disciplina dei ritardi causati dalle controversie legali — sembra essere un fattore necessario al fine di tutelare il livello ottimale degli investimenti<sup>669</sup>. Il codice dei contratti pubblici ha inoltre affidato l'attività di precontenzioso all'Avcp<sup>670</sup> che «su iniziativa della stazione appaltante e di una o più delle altre parti, esprime parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando una ipotesi di soluzione»<sup>671</sup>. L'intenzione è evidentemente quella di introdurre un meccanismo deflattivo del contenzioso relativo alle procedure di gara, volto a

<sup>663</sup> SERVIZIO STUDI DEL SENATO, *Dati statistici relativi all'amministrazione della giustizia in Italia*, XVII legislatura, *Dossier* n. 11, maggio 2013, 48.

<sup>664</sup> *Ivi*, art. 241.

<sup>665</sup> *Ibidem*.

<sup>666</sup> AVCP, *Relazione al Parlamento 2012*, cit., 318.

<sup>667</sup> *Ivi*, 311.

<sup>668</sup> *Ivi*, 322.

<sup>669</sup> ANCE, *Linee guida per la predisposizione delle convenzioni di concessione e gestione*, Roma, Maggio 2014, 31.

<sup>670</sup> Come già menzionato l'AVCP è stata soppressa dall'art. 19 del d.l. n. 90/2014 e i suoi compiti e le sue funzioni trasferite all'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC).

<sup>671</sup> D. lgs. n. 163/2006, art. 6, co. 7, lett. n).

prevenire il ricorso al giudice amministrativo<sup>672</sup>. Nel corso del 2012, l'Avcp ha emesso 212 pareri di cui il 27% relativi ad istanze presentate dalle stazioni appaltanti, il 69% relativi ad istanze presentate dalle imprese, associazioni o ordini professionali e il 4% relativi ad istanze presentate dalla stazione appaltante congiuntamente a operatori economici<sup>673</sup>. Sotto il profilo del merito delle questioni sottoposte all'Avcp, queste hanno riguardato soprattutto contestazioni circa l'operato della stazione appaltante in sede di gara, in relazione all'ammissione o all'esclusione di concorrenti dalla procedura, con riferimento al possesso dei requisiti generali, economico-finanziari, tecnico-organizzativi o alle modalità di presentazione della documentazione amministrativa. In molti casi si è trattato di segnalazioni volte ad ottenere una pronuncia dell'Avcp in ordine a clausole dei bandi di gara relative a requisiti di partecipazione, ritenute lesive della concorrenza perché sproporzionate e illogiche<sup>674</sup>.

## 9. Conclusioni

Il settore autostradale italiano è caratterizzato da un quadro giuridico instabile e stratifica: la convenzione unica è stata introdotta nel 2006, le delibere Cipe più importanti sulla regolazione dei rapporti risalgono al 1996 e al 2007, mentre l'Autorità di regolazione dei trasporti è stata istituita nel 2011 e le funzioni di Anas sono state trasferite al Mit nel 2012. Non sembra dunque ancora possibile stabilire l'incidenza di queste novità sul settore autostradale in termini di maggiori investimenti, livello dei pedaggi, promozione della concorrenza.

Prendendo in considerazione la costruzione di nuove infrastrutture, il settore sconta la diminuzione delle risorse pubbliche a disposizione e la bassa attrattività di finanziamenti privati per via della scarsa bancabilità dei progetti. A ciò si somma la farraginosità dei tempi di approvazione dei progetti definitivi e di conclusione dei contratti accessori che incidono negativamente sulla possibilità di giungere a un rapido *closing* finanziario. Questi problemi sono testimoniati dalla scarsa incidenza di gare di PPP aggiudicate sul totale dei bandi. I dati riportati sui lotti delle opere strategiche che hanno necessitato di varianti rispetto al progetto iniziale denotano notevoli punti critici anche sul lato della costruzione delle

---

<sup>672</sup> AVCP, *Relazione annuale 2012*, cit., 229.

<sup>673</sup> *Ivi*, 233.

<sup>674</sup> *Ivi*, 234.

infrastrutture strategiche. I dati negativi emersi fin qui investono anche il settore autostradale: dall'approvazione della legge obiettivo le opere proposte in finanzia di progetto per la realizzazione sono ancora in una fase di approvazione del progetto o di aggiudicazione. Il legislatore è intervenuto con alcune recenti riforme che dovrebbero consentire ai concessionari di predisporre, già a partire dal momento della gara pubblica, piani economici-finanziari capaci di attrarre finanziamenti da parte del settore privato, accorciando così la distanza temporale tra aggiudicazione del bando e chiusura di un contratto di finanziamento. Tale lasso temporale, che oscilla tra uno e due anni, sembra infatti segnare la differenza tra le due velocità, quella dell'amministrazione e quella del sistema finanziario, che non risultano ancora sincronizzate.

Per quanto concerne la regolazione del settore, è utile ricordare che all'Autorità di regolazione è stato assegnato il compito di definire gli ambiti ottimali di gestione delle tratte autostradali al fine anche di incentivare la concorrenza per il mercato. Finora lo strumento della gara pubblica non può dirsi entrato a regime attese le ingenti difficoltà nell'organizzarle, nonché la limitatezza dei casi in cui si sono conclusi i rapporti concessori.

Con riferimento al rapporto tra concedente e concessionario si deve rilevare che alcuni aspetti quali il rischio traffico, il subentro di un nuovo concessionario, la risoluzione alternativa delle controversie dovrebbero essere maggiormente approfonditi nelle convenzioni. Soprattutto deve essere garantita la stabilità della convenzione e delle norme che la regolano, pre-requisito indispensabile per assicurare gli investimenti necessari al pubblico interesse. Sembra quindi necessaria una scelta del legislatore relativamente alla regolazione pubblica: le attuali opzioni rappresentate dal periodo regolatorio quinquennale e dalla fissazione di un coefficiente valido fino al termine della concessione non sembrano adeguate per un settore caratterizzato da investimenti ingenti di lungo periodo e da contratti incompleti.

## **Executive Summary**

### **Il contesto di riferimento**

La rete autostradale italiana ha visto negli ultimi decenni un incremento chilometrico inferiore a quello degli altri paesi europei. Il settore autostradale italiano risente di un quadro legislativo-regolamentare privo di un testo unico di riferimento, frastagliato e oggetto negli anni di numerose riforme. Questo quadro frammentato e mutevole pone problemi agli operatori presenti nel settore e a quelli intenzionati a entrarvi in futuro. Le riforme legislative e regolamentari del settore si sono inoltre sovrapposte al processo di privatizzazione che ha preceduto la completa definizione della regolazione del sistema, avvenuta sostanzialmente solo nel 2006-2007. A questo si aggiungano i più generali profili critici del settore infrastrutturale, quali la non ottimale programmazione, la lunghezza dell'approvazione dei progetti e l'alta incidenza delle variabili in corso d'opera.

### **Il sistema di *governance* statale**

Dal 2012 è il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti il concedente delle autostrade italiane che svolge le procedure di affidamento delle concessioni e di vigilanza sui concessionari. Rileva inoltre menzionare il ruolo del Cipe, che ha competenze sull'approvazione del Programma delle infrastrutture strategiche (PIS), sull'approvazione dei progetti, sull'iter approvativo delle convenzioni con i concessionari autostradali, sul piano economico finanziario e sulle sue variazioni. Rispetto a questo quadro si tenga conto di due variabili molto importanti: la competenza concorrente tra Stato e Regioni in materia di grandi reti di trasporto e la recente istituzione dell'Autorità di regolazione dei trasporti, cui sono state attribuite per le nuove concessioni rilevanti funzioni in materia di tariffa autostradale e regolazione del rapporto tra concedente e concessionario.

### **L'individuazione delle opere**

L'individuazione delle opere strategiche comprese quelle autostradali avviene ai sensi della l. n. 443/2001, cd. legge obiettivo, con delibera Cipe. Il valore delle opere contenute nel PIS è, al 2013, pari a 285,5 miliardi di euro. Tuttavia tale programmazione non sembra essersi rivelata efficace in quanto, al 2013, solo il 13% delle opere comprese nel PIS risultava completato. Inoltre, con

il d.l. n. 201/2011 si è provveduto a individuare un gruppo di opere prioritarie già in cantiere o con un *iter* istruttorio avanzato: tali opere rappresentano circa il 39% del costo dell'intero PIS. Delle risorse ora disponibili per le opere prioritarie, quelle private rappresentano il 41%.

### **Le modalità di affidamento**

La concessione di costruzione e gestione e della sola gestione delle autostrade è affidata ai sensi delle disposizioni riguardanti le concessioni di lavori pubblici e la finanza di progetto, contenute nel Codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 163/2006. Per le opere inserite nel PIS, la progettazione, la realizzazione e la gestione sono disciplinate da norme speciali contenute sempre nel codice dei contratti pubblici; la realizzazione delle infrastrutture strategiche è oggetto di concessione di costruzione e gestione o affidamento unitario a contraente generale. Per quanto riguarda la fase progettuale delle infrastrutture strategiche, il legislatore è intervenuto per ridurre i tempi disciplinando l'approvazione unica da parte del Cipe del progetto preliminare, che deve assicurare contestualmente la copertura finanziaria dell'opera.

I concessionari sono attualmente 25 per 26 rapporti concessori. Le società concessionarie autostradali gestiscono 5821,5 km di rete, dei quali 2854,6 affidate a Autostrade per l'Italia. La seconda tratta autostradale in concessione più lunga è l'Autostrada del Brennero con 318 km; delle tratte autostradali in concessione 10 non arrivano a 100 km di lunghezza. Le difficoltà nell'organizzare le gare e, soprattutto, la necessità di garantire la realizzazione di investimenti programmati, in un periodo di costante diminuzione delle risorse pubbliche, ha portato alla scelta da parte del concedente Stato di valutare eventuali proposte dei concessionari di modifica del rapporto concessorio, ferma restando la compatibilità di ciò col diritto europeo.

Per quanto riguarda invece la costruzione e gestione d'infrastrutture, va segnalato che a fronte di migliaia di bandi di PPP le aggiudicazioni sono nell'ordine delle centinaia a causa del mancato o tardivo coinvolgimento di banche e istituti finanziari che non ne facilita il *closing* finanziario. Il tempo intercorso tra l'aggiudicazione di una gara e la chiusura di un contratto di finanziamento può essere spesso di uno o due anni. Alla luce dei dati negativi sull'aggiudicazione delle concessioni di lavori pubblici, il legislatore è intervenuto per prevedere che i bandi di gara tengano conto della bancabilità dell'opera e prevedano il coinvolgimento fin dalle fasi iniziali di banche e istituti finanziari al fine di arrivare alla conclusione di un contratto di finanziamento in tempo utile rispetto

all'aggiudicazione. Il lavoro svolto dall'Unità tecnica per la finanza di progetto quale supporto alle amministrazioni per il bandi di PPP ha portato, limitatamente ai casi d'intervento, a un miglioramento del rapporto tra bandi di gara e aggiudicazioni.

### **La regolazione del rapporto**

Il rapporto tra concedente e concessionario è regolato dalla convenzione unica, prevista dal d. l. n. 262/2006, art. 2, co. 83 e ha durata media trentennale. Il Codice dei contratti pubblici (art. 143) prevede espressamente che la concessione possa essere di durata superiore al fine di perseguire l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti del concessionario. L'*iter* di approvazione della convenzione unica prevede che questa venga redatta sentito il Nars e venga successivamente sottoposta all'esame del Cipe; la convenzione viene poi inviata, insieme a eventuali pareri del Cipe, alle competenti Commissioni parlamentari per un parere che deve essere reso entro 30 giorni.

### **Le forme di auto-tutela e il sistema delle garanzie**

La decadenza della concessione viene dichiarata in seguito a grave e reiterato inadempimento di determinate disposizioni previste nelle convenzioni relative alla gestione dell'autostrada. Per inadempimenti considerati minori esiste la possibilità che venga irrogata una sanzione/penale al concessionario. Per quanto concerne la procedura di decadenza della concessione, il concedente è tenuto a comunicare l'inadempimento contestato con le modalità di cui alla l. n. 241/1990, art. 7, diffidandolo a adempiere entro un congruo termine comunque non inferiore a 90 giorni. In caso di inottemperanza alla diffida nel termine assegnato o di rigetto delle controdeduzioni eventualmente proposte dal concessionario, il concedente assegna un ulteriore termine non inferiore a 60 giorni per adempiere a quanto intimato, pena la decadenza, della concessione. Scaduto tale termine, il concedente richiede ai Ministri competenti l'assunzione del provvedimento di decadenza della concessione. Il concessionario resta obbligato a proseguire nell'ordinaria amministrazione dell'esercizio dell'autostrada fino al trasferimento della gestione stessa che avviene contestualmente al pagamento da parte del concedente dell'indennizzo determinato sulla base dei criteri fissati in convenzione.

### **La risoluzione delle controversie**

Le controversie sulle procedure di affidamento di lavori pubblici sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e le convenzioni tra concedente e concessionario autostradale individuano nel tribunale di Roma il foro competente per le controversie relative alla stessa convenzione. Se i tempi della giustizia amministrativa per i riti speciali ottemperano alla celerità richiesta dalle necessità del settore, lo stesso non sembra valere per la giustizia civile. Il d. lgs. n. 163/2006 individua inoltre forme alternative di risoluzione delle controversie quali l'arbitrato. Rileva infine segnalare l'attività di precontenzioso svolta da Avcp (ora Anac) finalizzata a scoraggiare il ricorso al giudice amministrativo.





## CONCLUSIONI

*Lorenzo Saltari*

### **I risultati della ricerca e le prospettive per il Paese**

Il modello *étatiste* per lo sviluppo delle infrastrutture autostradali ha esaurito la propria spinta propulsiva, almeno nei paesi ad economia matura. In Europa e in Italia, infatti, il settore dell’“approntamento delle infrastrutture” autostradali è stato attraversato da due potenti processi di trasformazione giuridica nell’intervento pubblico in economia. Si tratta della privatizzazione che ha preceduto la liberalizzazione, cui si è aggiunta, sovrapponendosi, la crisi economico-finanziaria iniziata nel 2008<sup>675</sup>.

La spinta alla privatizzazione italiana è una vicenda nota e tecnicamente complessa che qui si richiama per ellissi<sup>676</sup>. Negli anni Novanta dello scorso secolo, tra le azioni individuate per il raggiungimento dell’obiettivo di accedere senza ritardo nell’area dell’euro, vi è stata la dismissione dell’IRI all’interno del quale vi era un’eccellenza fra le società indirettamente statali: Autostrade per l’Italia-Aspi. È lo stesso torno di anni in cui si è provveduto al necessario prolungamento temporale della concessione conferita ad Aspi che, in quel frangente, ha assunto l’onere di un consistente piano di nuovi investimenti. Anche l’ordinamento francese, che aveva un assetto molto simile a quello italiano (concessioni rilasciate a società miste), seppur con andamento altalenante, approda alla privatizzazione della maggioranza delle società concessionarie.

La liberalizzazione si afferma dopo. Anch’essa è un riflesso di un condizionamento sovranazionale europeo ma di altra marca. Per il diritto dell’Ue

---

<sup>675</sup> Sulla genesi e i principali riflessi istituzionali della crisi finanziaria, si cfr. G. NAPOLITANO (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, il Mulino, 2012, in specie p. 471 ss.

<sup>676</sup> Per tutti, si v. S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, Laterza, 2007, V ed. p. 226 ss.

anche l'affidamento delle concessioni amministrative, alla stessa stregua degli altri contratti stipulati da amministrazioni pubbliche, deve seguire una procedura di evidenza pubblica e di selezione comparativa<sup>677</sup>. Sicché nel rinnovo di concessioni scadute, o nell'attribuzione di nuove, si devono osservare procedure che garantiscano la "concorrenza per il mercato", non essendo possibile una concorrenza piena per via del fatto che la rete autostradale presenta i tratti del monopolio naturale<sup>678</sup>, se si escludono le alternative intermodali.

Il terzo fattore, il più recente ed eclatante specialmente in Italia, non si colloca sul piano giuridico, sebbene lo condizioni profondamente<sup>679</sup>. Si tratta, come si è anticipato nell'introduzione, della crisi finanziaria che si è poi trasformata in crisi del debito sovrano e, più in generale, nella recessione del sistema economico. Questa situazione di crisi determina nel nostro paese un'accelerazione dell'eclissi dello Stato finanziatore-investitore<sup>680</sup>.

La presente indagine prende le mosse proprio da quest'osservazione. E si chiede, adoperando gli strumenti della comparazione dei sistemi giuridico-finanziari, come in altri Stati si affronti l'esigenza dello sviluppo delle infrastrutture autostradali nello scorcio del XXI secolo.

L'arretramento dello Stato finanziatore-investitore rende imprevedibile la crescita del ruolo del settore privato tanto nella sfera della progettazione, esecuzione e gestione delle opere autostradali, quanto, e ancor di più, nel loro finanziamento. L'interazione tra il pubblico (concedente) e il privato (concessionario) è il perno dello sviluppo del sistema o, se disfunzionante, la causa della sua mancata o insoddisfacente crescita. L'ipotesi di lavoro da cui si è partiti è che nell'ordinamento italiano la regolazione di questa interazione presenti notevoli criticità che sono alla base della scarsa crescita e della ancor meno elevata idoneità ad attrarre capitali dalla finanza interna e internazionale. La comparazione è frutto di una scelta euristica che si basa sull'idea che i contorni dei limiti italiani possano essere meglio rimarcati dall'analisi delle modalità d'azione su questo terreno seguite in altri Stati più avanzati del nostro.

Queste sono le principali convergenze-divergenze nei paesi comparati rispetto alle fonti della disciplina, alla programmazione e individuazione delle opere, all'affidamento della concessione, all'assetto organizzativo dei pubblici poteri, al rapporto concessorio, alle controversie (autotutela e tutela giurisdizionale e forme alternative).

<sup>677</sup> In argomento, da ultimo, si cfr. M. RICCHI, *La nuova direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice degli appalti*, in *Urb. app.*, 2014, p. 741 ss.

<sup>678</sup> G. MARZI, L. PROSPERETTI e E. PUTZU, *La regolazione dei servizi infrastrutturali*, Bologna, il Mulino, 2001.

<sup>679</sup> Sull'impatto della crisi sullo Stato, si v. G. NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Gior. dir. amm.*, 2008, p. 1083 ss.

<sup>680</sup> Questo dato emerge chiaramente nell'analisi di A. TONETTI, *Il finanziamento delle infrastrutture*, in *Gior. dir. amm.*, 2013, p. 249 ss.

Se in Italia il quadro normativo del settore è disorganico, stratificato, ad andamento occasionale tanto da apparire caotico, dove le performance di crescita sono sensibilmente migliori, si pensi al Cile, il *framework* di regole è chiaro e le previsioni normative sono interpretate dall'amministrazione e dai giudici in modo costante e coerente. Meno lineare è la disciplina australiana in ragione dell'assetto federale dello Stato che, appunto, si articola su un doppio livello di *governance*. Ciò nonostante, in questo paese, il sistema politico-amministrativo, nel momento esecutivo, è capace di superare questa complessità facendo prevalere il pragmatismo e un approccio flessibile attraverso gli strumenti della politica. Più simile all'Italia è la Francia che sotto molti versi ha seguito un andamento del quadro normativo analogo al nostro. Ma forse la menda maggiore italiana è la tendenza ad intervenire sul rapporto concessorio attraverso norme di legge anche retroattive.

Centrale è il momento della programmazione e dell'individuazione delle opere da realizzare. Regno Unito, Australia, Cile mostrano intanto ottime performance temporali, molto diversamente da quanto avviene in Italia anche dopo l'introduzione della cd. "legge obiettivo". Quali fattori condizionano le scelte? Nel Regno Unito e in Australia il principale pare essere il "value for money". Poiché la realizzazione dell'opera autostradale è un investimento, essa deve generare un rendimento appetibile. Dunque, entrano in programmazione ed esecuzione quelle realizzazioni che lasciano prefigurare soddisfacenti margini di remunerazione del capitale a fronte di rischi relativamente contenuti. In questi due ordinamenti, i pubblici poteri fungono principalmente da catalizzatori delle iniziative dei privati.

In specie, nel Regno Unito l'*HM Treasury* svolge la programmazione annuale, pubblicando il *National Infrastructure Plan* e in questo ministero è stata creata una unità specializzata, denominata *Infrastructure UK*, cui è demandato proprio il compito di attrarre nuove fonti di finanziamento per i progetti infrastrutturali chiave nel settore dei rifiuti, dei servizi e dei trasporti. In parte diversa è la situazione in Cile. Qui, sebbene l'apporto d'investimenti privati specie esteri sia assai rilevante, lo Stato è ancora un finanziatore delle opere autostradali. Ragion per cui la selezione delle opere è essenzialmente rimessa a valutazioni svolte in sede politica (sebbene con l'ausilio di organi tecnici altamente specializzati).

Le infrastrutture autostradali, "consumando" il territorio, generando un innegabile impatto ambientale e paesaggistico e incidono su interessi collettivi e di singoli. Pertanto, anche nell'ambito più privatizzato (quello inglese e australiano), permangono le ragioni dell'atto amministrativo di assenso all'opera. Sotto questo profilo l'esperienza inglese è di grande interesse. Qui si è realizzato un modello per il quale sui privati ricadono tutti i rischi connessi all'investimento. Tuttavia, sui pubblici poteri rimane l'onere del "land acquisition" e di creare attorno

all’opera il consenso delle comunità territoriali e dei singoli incisi dai lavori. La procedura tesa a questo obiettivo prende il nome di “*public inquiry*”. La Francia su questo profilo mostra una controtendenza. Per contrastare il progressivo allungamento dei tempi di formazione delle decisioni di programmazione sta limitando l’effettuazione della procedura di “*enquête public*”, che similmente alla *public inquiry*, serve a creare l’accettazione condivisa dell’intervento infrastrutturale<sup>681</sup>.

Proprio i tempi delle procedure di progettazione sono cruciali.

In Italia si stima che la valutazione di impatto ambientale e l’esito della conferenza di servizi non giunga prima di 43 mesi dopo l’avvio del procedimento. Nel Regno Unito, invece, il procedimento di autorizzazione delle opere nazionali significative, tra le quali lo sviluppo della rete autostradale (*Nationally Significant Infrastructure Projects – NSIP’s*), ha una durata di appena 9 mesi. In Australia, dove si definisce una *Infrastructure Priority List* (opere che rientrano nel finanziamento federale), i tempi sono ancora più brevi: 4 mesi. In Cile, la durata di questa fase è stimata nell’intervallo massimo di 12 mesi. L’ottima performance inglese trae anche alimento da una recente riforma organizzativa. Dall’aprile del 2012 è entrato in funzione il *Planning Inspectorate*: un’agenzia governativa deputata alle attività istruttorie, prima ripartite tra vari ministeri nei settori di competenza, del procedimento autorizzazione (*development consent*) degli NSIP’s.

La modalità di scelta del concessionario (o per l’Uk del titolare di un contratto di tipo *Disign, Build, Finance, Operate – DBFO*), in Australia, Regno Unito e Cile si informa alla “procedura ristretta”. Quali sono i tempi medi di svolgimento delle gare e di affidamento della concessione? Il dato per l’Italia è di complicata precisazione in ragione del fatto che il rilascio del provvedimento concessorio e l’approvazione della convenzione accessiva non sono sincronici. In Francia, occorrono 18 mesi, nel Regno Unito, 15-20 mesi, in Cile, 12-15 mesi, in Australia, 15 mesi. Naturalmente per gli investitori avere contezza del tempo occorrente all’amministrazione per espletare questa fase, indipendentemente dalla maggiore o minore celerità, è di grande utilità.

La scelta del beneficiario ricade su quello che presenta fra l’altro le maggiori garanzie di “bancabilità” dell’opera (*bankability*). In Francia e Italia, ambedue paesi con sistemi infrastrutturali maturi, da potenziare più che da realizzare ex novo come avviene in Cile, la questione centrale è quali criteri e procedure seguire per il rinnovo delle concessioni autostradali scadute o che stanno andando in scadenza. Il diritto europeo preclude la via del rinnovo diretto e automatico della

---

<sup>681</sup> Sul tema, si v. S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, p. 13 ss., nonché L. Casini, *L’inchiesta pubblica. Analisi comparata*, ibidem, p. 43 ss.

concessione essendo visto come un'eccessiva compressione della concorrenza e della libertà di impresa.

Il vero punto della questione, attingendo in specie alle esperienze australiane e inglesi di cui si dirà tra breve, non pare tanto la generazione di una concorrenza per il mercato della concessione scaduta da rinnovare, quanto sfruttare questa fase di ridefinizione del rapporto tra concedente e concessionario per introdurre nei criteri di remunerazione “elementi a valore aggiunto” (i *KPs* inglesi) che favoriscano il potenziamento della rete superando le strozzature e i colli di bottiglia che inducano il decremento della incidentalità, ecc.

Per raggiungere questa sorta di obiettivi di politica infrastrutturale pubblica si pone l'esigenza di incrementare la capacità di attrazione di capitali non solo di rischio (*equity*) ma anche d'investimento (*debt*). Su questo versante, i due paesi anglosassoni studiati, ma anche il Cile, presentano uno stato di avanzamento cospicuo.

Nel Regno Unito il coinvolgimento della finanza privata ha nel *Private Finance Initiative – PFI* il modello principale di partenariato pubblico-privato che è alternativo al *conventional procurement*. Il contratto maggiormente utilizzato nel settore autostradale è il DBFO mediante il quale l'*Highway Agency* affida i lavori di costruzione (*improvement, widening, maintenance*) sulla rete. La concessione nel senso della tradizione giuridica continentale è uno strumento residuale (*concession agreement*). La procedura per l'individuazione della controparte è quella del “negotiated procurement process” e si conclude mediamente in 15-20 mesi. La fonte di finanziamento del progetto è in prevalenza rappresentata dal capitale di debito, che si va ad aggiungere ad una base capitale proprio della società contraente. Di qui il serio scrutinio sulla economicità del progetto e sulla sua capacità di attirare gli investimenti degli istituti di credito. Prevalentemente, i prestiti iniziali, concessi dalle banche a breve termine, vengono estinti dopo la fase di costruzione con il rifinanziamento del progetto. È in questo momento che intervengono i fondi pensione e altri investitori a lungo termine, per loro natura avversi ai rischi legati alle fasi iniziali del progetto e intenzionati ad ottenere una remunerazione prevedibile nella fase operativa. Nello schema DBFO la parte privata, oltre all'obbligazione di costruire l'opera, assume anche quella della sua gestione e manutenzione ricevendo un corrispettivo per la durata del contratto, con pagamenti regolari che dipendono dal soddisfacimento di determinati standard previsti dal contratto stesso. Il diritto di gestione spetta per un periodo superiore a 20 anni (di norma 30) in modo da consentire al partner privato di recuperare l'investimento effettuato sull'*asset*. Le condizioni di base del rapporto sono definite alla stregua degli standard contrattuali individuati dall'*HM Treasury* nel documento *Standardisation of PF2 Contracts*, in modo da allocare sul partner

privato la maggior parte dei rischi che lo stesso è più in grado di controllare ed eventualmente di riallocare.

La principale forma di remunerazione utilizzata dalla *Highway Agency* è lo *shadow toll payment mechanism*. Solo sulla M6 è previsto un pedaggio a carico degli utenti, le cui tariffe sono lasciate al mercato e non sono sottoposte ad un'autorità indipendente di controllo. L'esperienza australiana evidenzia poi due tendenze. La prima è una certa imprecisione nella valutazione in prospettiva della remuneratività degli investimenti. Sovente vi sono state delle stime esagerate sui volumi di traffico che hanno causato il *default* con il conseguente onere per lo Stato di porvi rimedio. La seconda è correlata alla crisi finanziaria a seguito della quale vi è stata il crollo del mercato dei *project bond* e più in generale la minore propensione degli investitori istituzionali a entrare nel settore con la conseguenza che il peso del finanziamento è ricaduto principalmente sul sistema bancario.

In ogni caso, l'ingresso del capitale privato è condizionato dalla non modificabilità del contratto, nonché dal recupero e dalla remunerazione dell'investimento. Questi elementi sono strettamente legati alla durata dei rapporti concessori. In Italia, il Codice degli appalti prevede una durata che va dai 30 ai 50 anni e la durata media è di 30 anni. Le linee guida dell'*HM Treasury*, come visto, indicano che il contratto non può avere una durata inferiore ai 20 anni affinché il contraente privato possa recuperare l'investimento sull'*asset*. La durata media dei contratti DBFO è pari a 30 anni. La cilena *Ley de concesiones* fissa in 50 anni la durata massima delle concessioni anche se quelle in essere hanno una durata media assai inferiore compresa tra 20-25 anni. In Australia, il *Concession deed* non fissa un tetto massimo e la loro media è di 25-30 anni. La Francia presenta una situazione differente. Lo *Statut des Autoroutes*, il *Code de la voirie routière* e le singole convenzioni (*contrats de plan*) indicano una durata da minimo 35 anni a circa 70 anni e, comunque, tale da risultare idonea per il recupero dell'investimento. Di fatto, per via del frequente ricorso al cd. *pratique de l'adossement* (rinnovo della concessione per la copertura di nuovi investimenti) la durata media delle concessioni arriva a 70 anni.

Nel rapporto concessorio è definita la modalità di remunerazione del partner privato, in linea generale la tariffazione del pedaggio autostradale. Sotto questo profilo, interessanti sono le esperienze di Inghilterra e Australia le quali indicano come questo elemento del rapporto possa essere declinato per ottenere obiettivi regolatori.

Come visto, il principale meccanismo di remunerazione stabilito dalla *Highways Agency* è lo *shadow toll payment mechanism*. Nei primi contratti il compenso era essenzialmente legato ai volumi del traffico, in quelli più recenti sono stati introdotti *key performance indicators* (KPIs). I nuovi fattori che condizionano la remunerazione sono quattro. Primo (*usage/demand*), la

remunerazione dipende dal numero dei veicoli per kilometraggio del tratto e s'incrementa nel tempo secondo una formula d'indicizzazione. In alcuni contratti, è legato al traffico a bande e alla lunghezza dei veicoli. Secondo (*disponibilità del servizio*), se il progetto concerne un tratto autostradale esistente con uno o più lavori di costruzione lungo la sua lunghezza, il corrispettivo è oggetto di una riduzione in misura della disponibilità complessiva del tratto. Terzo (*performance*), si stabiliscono corrispettivi per migliorare la sicurezza del tratto gestito (*safety performance payments*) al fine di incentivare il partner privato a proporre progetti di miglioramento aggiuntivi. Se un progetto di miglioramento è approvato, i lavori di costruzione sono integralmente finanziati dal partner privato, che è ricompensato ricevendo il 25% del minor costo per ogni incidente stradale evitato nel successivo periodo di cinque anni. Il corrispettivo può essere ridotto durante i lavori (*lane closure charges*).

La *Highways Agency* ha elaborato altri due sistemi di pagamento: l'*availability payment mechanism* e l'*active management payment mechanism*. Nel primo la misura del corrispettivo è basata su diversi fattori: disponibilità delle corsie; "pedaggi ombra" per mezzi pesanti e pubblici di linea; la sicurezza; l'affidabilità del tempo di percorrenza, soprattutto per incentivare l'uso dei mezzi pubblici di linea. L'*active management payment mechanism-AMPM* è un sistema che tiene conto di due aspetti: la gestione dell'intensità del traffico (*congestion management*) e la *performance*, con particolare riferimento alla sicurezza (*safety performance adjustment*). Il *congestion management* incentiva il partner DBFO a ridurre la congestione sul tratto, individuandone le cause, e aumentare l'affidabilità dei tempi di percorrenza. Secondo le clausole AMPM, il pagamento del corrispettivo è effettuato integralmente, se la velocità di percorrenza nel tratto stradale rimane superiore alla velocità di riferimento. Il pagamento sarà ridotto percentualmente (*deductions*), se il valore scende al di sotto.

In Australia la "*stand-alone fixed-term concession*" è il modello tradizionale di definizione del rapporto. In esso vi è un termine prefissato di durata commisurato alla previsione sui tempi di rientro dall'investimento e difficilmente rinegoziabile. Si affiancano a questo tipo, integrandolo e perfezionandone le caratteristiche fondamentali, quattro soluzioni differenti. La prima si basa su meccanismi di pagamento di tipo "*availability-based*". In questo caso, il concessionario non incassa le entrate derivanti dai pedaggi, bensì ottiene pagamenti regolari da parte del concedente. In questo modo non si accolla il rischio legato al traffico ma solamente quello legato alla disponibilità dell'infrastruttura. Il concedente pubblico potrà trattenere somme di denaro in base, ad esempio, alla chiusura di tratte dell'arteria autostradale o di ingorghi regolari durante i periodi di punta. La seconda soluzione è di tipo *pass-through tolls*. In questo caso, il concessionario incassa i pedaggi e trasferisce il loro

ammontare al concedente che, in seconda battuta, erogherà al concessionario somme di denaro a titolo di compensazione per l'investimento sostenuto. Tali somme sono misurate, ad esempio, in base alla disponibilità dell'infrastruttura nel corso dell'anno e al suo stato di conservazione e manutenzione, oggetto di puntuali verifiche. La terza soluzione è una variante del modello tradizionale, definita *flexible-term concession*: i committenti pubblici concedono il diritto a incassare i pedaggi e a ricevere eventuali somme a titolo di compensazione per gli investimenti. Tra le tecniche principali di "variabilità" del termine del rapporto, generalmente combinabili tra loro: la concessione decade nel momento in cui i flussi di cassa ripagano l'investimento iniziale oppure nel momento in cui i flussi di cassa raggiungono un ammontare preventivamente fissato oppure, infine, nel momento in cui è raggiunto un determinato volume di traffico di veicoli. Infine, la quarta (*construct-then-concession*) muove dal presupposto che la valutazione del rischio legato al traffico nei primi anni di vita dell'infrastruttura può essere mal stimato incorre in errori, allora il concedente può ritenere più efficiente affidare la costruzione dell'opera con strumenti di tradizionale *procurement*, scontare il rischio e gli eventuali errori della sottostima e, solo successivamente, affidare la gestione dell'opera in *leasing*.

L'intero ciclo della realizzazione delle infrastrutture autostradali, dalla progettazione dell'opera al suo *handover*, richiede un sistema di governo capace di incentivare e attrarre i privati, di fissare regole che equilibrino gli interessi pubblici e quelli degli investitori, di esercitare un efficace controllo sul rispetto dei vincoli assunti. In altre parole, superato il periodo *étatiste*, i pubblici poteri devono assumere le complessa responsabilità della regolazione condizionale del settore.

In Cile, la gestione delle procedure, il rilascio delle concessioni, il controllo della spesa pubblica e la compatibilità ambientale dei progetti è attribuita alle amministrazioni ministeriali (al *Ministerio de Obras Públicas*, al *Ministerio de Hacienda* e al *Ministerio de Ambiente*), affiancate dal *Consejo de concesiones* per la valutazione dell'interesse pubblico delle opere. In questo consesso trovano spazio, in particolare, accademici competenti in materie che riguardano specificamente il settore. Anche la *Camara Chilena de Construcción* è di ausilio ai soggetti istituzionali coinvolti, per gli studi tecnici ed economici sulle opere da realizzare, e di supporto alle imprese. Anche i privati collaborano con le amministrazioni attraverso la predisposizione di progetti relativi a nuove infrastrutture

In Australia, è il *Minister of Infrastructure and Regional Development* preposto all'individuazione dei progetti infrastrutturali a rilevanza nazionale che saranno finanziati dal governo centrale. Esso è affiancato da un'agenzia federale ad hoc, la *Infrastructure Australia*, che ha funzioni prevalentemente consultive e di raccordo tra organo politico federale, governi sub-federali e operatori di settore,



nonché il compito di consigliare il Ministro, i governi degli Stati e dei Territori australiani, i governi locali e gli investitori sulla necessità di nuove infrastrutture, sulla politica di regolazione del settore, sulle opzioni di riforma del quadro legislativo e regolamentare, sui meccanismi di finanziamento delle opere, sulla tutela degli utenti. Tale agenzia, che può condurre indagini e organizzare audizioni, deve stilare la lista delle priorità strategiche da finanziare da aggiornarsi tre volte l'anno (*Infrastructure Priority List*), e verificare che gli investimenti coprano gli obblighi assunti dalla parte pubblica. Riceve direttive dal Ministro ma elabora le priorità in modo autonomo.

In Francia, lo sviluppo e gestione della rete nazionale, la gestione delle concessioni, le negoziazioni con i concessionari e i controlli sono funzioni affidate alla *Direction générale des infrastructures, des transports et de la mer - Direction des infrastructures de transport - Service de gestion du réseau routier national - Sous-direction de la gestion du réseau autoroutier concédé* del *Ministère de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie*. Ad essa si affianca il *Centre d'expertise des risques, des mobilités de l'environnement et de l'aménagement - Cerema* che è un organismo tecnico a supporto delle politiche di sviluppo territoriale e la *Caisse nationale des Autoroutes* per il supporto finanziario.

Il design organizzativo inglese sembra quello più tagliato allo scopo di attrarre investimenti privati nel settore. L'HM *Treasury* svolge la programmazione annuale, pubblicando il *National Infrastructure Plan*. Dal 2009, e una sua unità specializzata, *Infrastructure UK*, è incaricata di attrarre nuove fonti di finanziamento per i progetti infrastrutturali chiave nel settore dei rifiuti, dei servizi e dei trasporti. Con l'*Highways Act* del 1980, al *Secretary of State for Transport* è attribuito il controllo diretto – in qualità di “*highway authority*” – sulle *trunk roads* (la rete delle strade principali del Regno Unito), sui tratti autostradali di nuova costruzione e su ogni altra strada la cui responsabilità gli è assegnata “*by statute*”. Le funzioni del Ministro possono essere in parte delegate sia alle autorità locali, sia al concessionario. Nelle PPP che si sono concluse con accordi di concessione – *Concession Agreements* – con pedaggi cd. reali a carico degli utenti (come nel contratto M6), il Ministro è il concedente, mentre la *Highways Agency* segue gli aspetti contrattuali legati alla gestione e realizzazione del progetto ed ha il compito di sovrintendere alla costruzione, manutenzione e gestione della rete di *trunk roads* e, come detto, svolge il ruolo di *developer* ai fini dell'autorizzazione generale. Il *Planning Inspectorate* è l'Agenzia governativa che dal 2012 concentra le attività istruttorie del procedimento autorizzazione degli NSIP's. Infine, il *National Audit Office* predispose specifici report sulla *public spending*, tra i quali l'analisi, a posteriori, del *value for money* dei progetti infrastrutturali.

Il sistema di *governance* italiano è di recente cambiato molto. Il compito del concedente è passato dall'Anas al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti; è

stata istituita l’Autorità di regolazione dei trasporti. Il primo ha compiti di gestione: affida, rinnova, controlla le concessioni. La seconda pone regole per le nuove relazioni concessorie.

In chiusura, può dirsi che l’analisi comparata evidenzia tre limiti maggiori del “sistema Italia”. In primo luogo, si pone il problema della stabilità nel tempo del rapporto concessorio. Si tratta di una relazione che lega lo Stato e un privato. Essa, attesa la sua lunga durata, può essere modificata e aggiornata, ma secondo la logica negoziale e della “parità delle armi” nel rispetto del principio sussunto dall’ordinamento europeo del “*pacta sunt servanda*”. Se s’incide in questa relazione con lo strumento legislativo (si pensi ad esempio al d.l. n. 262/2006), magari avente forza retroattiva, si determina una situazione d’incertezza che alla fine crea un blocco degli investimenti, un forte disincentivo per i capitali stranieri, nonché un rilevante contenzioso sia sul piano nazionale che sovranazionale europeo. In secondo luogo, i tempi di programmazione e affidamento sono troppo dilatati. In specie, i tempi di approvazione della convenzione, che è il fulcro del rapporto concessorio, sovente non tiene adeguatamente conto delle esigenze di bancabilità dell’opera (il cd. *closing* finanziario). In terzo luogo, vi è il pericolo che si crei la tendenza alla sovrapposizione di competenze tra gli attori pubblici: tra l’amministrazione concedente e l’Autorità di regolazione. A questo si sommano i tempi lunghi dell’amministrazione, si pensi ai ritardi nelle procedure di riassegnazione delle concessioni scadute anche da anni, e della giustizia. In Italia, peraltro, diversamente, da altri paesi, ad esempio, il Cile, non ha fornito buona prova neppure il sistema arbitrale di risoluzione delle controversie.

L’indicazione per un programma di riforma scaturente dal presente rapporto è principalmente sull’approccio complessivo e non si riferisce a singole misure o istituti. Ogni parte del sistema di progettazione, realizzazione e gestione delle reti infrastrutturali è fondamentale: le regole chiare e coerenti, la stabilità dei contratti, un’amministrazione più celere in grado di fornire incentivi e certezze, la propensione ad intervenire delle banche e degli investitori istituzionali, la capacità delle imprese che operano nel settore di elaborare progetti utili al potenziamento infrastrutturale ma al contempo sostenibili finanziariamente nel breve e nel lungo periodo.

La ripresa dello sviluppo infrastrutturale è legata al miglioramento di ciascuno di questi aspetti. Eventuali misure di riforma puntuali e disorganiche corrono il forte rischio di rimanere prive di efficacia.

**LA REALIZZAZIONE E LA GESTIONE DI INFRASTRUTTURE:  
IL REGIME GIURIDICO DELLE CONCESSIONI**



IRPA Working Paper – Policy Papers Series No. 2/2014