

## **La terza via per rendere eque le concessioni autostradali: aumentare il controllo BIM della PA**

di avv. Massimo Ricchi (\*) (\*\*)

(\*) *Esperto di PPP e Concessioni. Docente sul PPP e Concessioni ai Master Public Procurement Università di Tor Vergata e BIM della Sapienza e al Project Infrastructure & Finance della LUISS a Roma.*

(\*\*) *Le opinioni espresse nell'articolo non intendono riflettere quelle dell'ente di appartenenza.*

### ***La convenzione autostradale ASPI e il rischio domanda***

La Convenzione Unica ANAS – ASPI sottoscritta nel 2007, è regolata tra l'altro dal Codice dei Contratti vigente al momento della sottoscrizione, il D.lgs. 163/2006, e più in generale dai principi comunitari enucleati già nel 2000 (GUCE 21.04.200) nella Comunicazione interpretativa della Commissione sulle Concessioni (Comunicazione), che indicava quale fossero le caratteristiche delle concessioni (il testo della Comunicazione prende spesso ad esempio proprio quelle autostradali); e individuando, in estrema sintesi, i fondamentali contrattuali nel trasferimento al concessionario dei rischi di realizzazione e gestione dell'infrastruttura, comprensivo del finanziamento dell'investimento e del rischio di domanda.

Il rischio di domanda, la variazione dell'utilizzo dell'infrastruttura da parte degli utenti deve avere un impatto diretto sul piano economico finanziario (PEF) programmatico allegato, cosicché una diminuzione della domanda a seconda dell'intensità, generando minori ricavi, erode l'utile e il capitale investito. Il PEF allegato al contratto con i rendimenti, le previsioni di traffico, le stime dei costi di investimento e gestionali, dei tassi di interesse, e più in generale dei costi dei rischi trattenuti dall'operatore privato, è una "scommessa" del concessionario, che, se sarà in grado di rispettarla, avrà giustamente i guadagni previsti.

### ***Il rendimento ASPI non è garantito***

Perciò di primo acchito l'affermazione di alcuni commentatori successiva all'ostensione *erga omnes* (tali documenti erano, comunque, presenti in altri documenti pubblici) degli allegati economico finanziari del contratto di concessione ASPI, che il rendimento *ante o post* tasse fosse "garantito" dal concedente pubblico non era corretta, infatti l'eventualità di un rendimento garantito si potrebbe generare solo quando, in presenza di una diminuzione della domanda, ci sia un sistema di compensazione contrattualizzato delle perdite a vantaggio del concessionario per assicurare i valori del PEF programmato. Così non è, e infatti ASPI l'ha precisato nella lettera pubblicata sul Sole 24 Ore del 31 agosto.

### ***Equità formale ed equità sostanziale nei contratti di concessione***

Detto questo le ricostruzioni formali perdono per strada qualcosa, la remunerazione del concessionario deve essere congrua e adeguata ai rischi trattenuti, se c'è questa corrispondenza l'operatore privato si comporterà con la massima efficienza - minori costi complessivi per l'attuazione del contratto molto più di quanto potrebbe fare la stessa PA - ed efficacia in termini di soddisfazione adeguata degli utilizzatori/utenti; ciò, infatti, è vero nel laboratorio delle teorie economiche ma nella sostanza sentiamo che non è proprio così, percepiamo che c'è uno sfrido in termini di equità.

In prospettiva è utile individuare lo scostamento tra l'equità formale della teoria economica e quella sostanziale, in modo da impostare degli ammodernamenti dei contratti, senza tradire le teorie economiche in base ai quali sono stati stipulati. L'opportunità di conciliare l'equità formale e quella sostanziale in cui il concessionario abbia una remunerazione congrua ai rischi sostenuti è consentita proprio grazie all'evoluzione e/o la migliore definizione dei rischi impressa dalla Direttiva Concessioni 23/2014/UE (Direttiva), integralmente trasposta poi nel vigente Codice dei Contratti. D.Lgs. 50/2016 (Codice).

Nella Direttiva e ancor di più nel Codice è evidente come ci sia una definizione formale dei contratti di concessione e dei contratti di PPP – in questi ultimi prevale il rischio diponibilità sul quello di domanda, ossia la capacità dell'operatore economico di mettere a disposizione della PA un'infrastruttura in perfetto stato di efficienza e utilizzabilità h/24. La minima indisponibilità o lo scostamento dagli standard pattuiti *ex ante* degli SLA (Service Level Agreement) viene rilevata attraverso una sensoristica in *streaming* che decurta il canone periodico che la PA si è impegnata a versare al concessionario, in questo modo è assicurata una fortissima tensione contrattuale al pieno adempimento – e poi, e questa è la novità, una definizione sostanziale degli stessi contratti e dei rischi correlati (si veda M. Ricchi “*L'architettura dei contratti di Concessione e di PPP nel Codice dei Contratti d.lgs. 50/2016*”, Rivista giuridica del Mezzogiorno, n. 3/2016, pp. 811 e ss. e G. F. Cartei “*Rischi e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*”, Rivista trimestrale di Diritto pubblico, pp. 599 e ss.).

In realtà la definizione sostanziale del rischio è stata sviscerata proprio nel campo del rischio di diponibilità sia in termini quantitativi, deve esporre a perdite che possono intaccare non solo gli utili ma anche le coperture degli investimenti come dei costi gestionali, sia qualitativi, deve essere una esposizione effettiva, perché ci sono adeguati sistemi di rilevamento delle indisponibilità o degli scostamenti degli SLA con procedure di applicazione automatica delle penali che riducono il canone di diponibilità percepito dal concessionario.

La ragione di questa spasmodica attenzione al rischio di diponibilità, regolato nella parte IV del Codice, risiede proprio nella tutela del principio di finanza pubblica, far pagare meno (e meglio) i cittadini attraverso la fiscalità generale per i lavori e i servizi quando ci siano forme dirette di erogazione pubblica come lo sono i canoni periodici versati all'operatore privato. Questo apparato contrattuale sul rischio diponibilità genera una iniezione virtuale di concorrenza, spinge l'operatore economico ad operare come se fosse stimolato da una concorrenza effettiva.

Invece per il rischio domanda questa attenzione sulla definizione sostanziale non c'è stata, sempre fidando sullo stimolo che tale rischio legato al soddisfacimento del cliente/utente spingesse il concessionario ad operare al meglio, un incentivo invisibile supposto ma non contrattualizzato.

***Il rischio domanda è depotenziato per certe autostrade***

Il rischio di domanda è uguale per tutte le infrastrutture, e per tutte le autostrade ? E' necessaria evidentemente una differenziazione caso per caso, laddove ci sia un'autostrada già costruita, dov'è sia possibile avere lo storico dei transiti (e ricavi) con risultati più o meno costanti e dove non ci siano alternative percorribili; l'autostrada è un bene produttivo di prima necessità per lo sviluppo economico del Paese e come tale ha una domanda tendenzialmente anelastica, è assimilabile alla spesa al supermercato. Gli utenti la utilizzano indipendentemente da quale sia il livello di manutenzione e dagli investimenti che vengono fatti, ne hanno necessità per lavorare e produrre e non hanno alternative.

In questo caso il caso il rischio domanda è fortemente sterilizzato per cui la remunerazione del concessionario come è stata contrattualizzata non trova corrispondenza nel rischio sostanzialmente sostenuto. Il correttivo che consente di mantenere la stessa redditività per il concessionario, dunque non modificando l'accordo contrattuale, è quello di inserire il rischio di disponibilità, accanto a quello di domanda, riequilibrando i rischi sostenuti dal concessionario con la redditività attesa.

***Il correttivo: sostenere il rischio domanda con il rischio disponibilità mediante il BIM***

L'aumento del rischio domanda effettivo può avvenire attraverso l'incremento del controllo che consenta alla PA, tramite delle piattaforme informatiche condivise e i sistemi di BIM (building information modeling) innervati nelle infrastrutture con una sensoristica capillare, di controllare in remoto gli adempimenti del concessionario sia per i nuovi investimenti come per la manutenzione dell'intera infrastruttura comprese le opere d'arte. L'accesso immediato della PA sul controllo della capacità realizzativa e manutentiva (sia predittiva che per eventi non prevedibili) del concessionario, sanzionata con penali ad applicazione automatica inserisce e rafforza l'intensità del rischio gravante sul concessionario.

Il meccanismo si allaccia agli obblighi manutentivi contrattualizzati dell'intera infrastruttura in perfette condizioni per tutto l'arco di tempo in cui è stata ottenuta la concessione, se si scende sotto quel livello ottimale (che è quello che vuole sia la PA come gli utenti) vengono applicate le penali anche più che progressive quando il ripristino non avvenga entro termini di grazia previsti; dovrebbe essere sanzionato anche il mancato allestimento o il mancato funzionamento dei sistemi di controllo predisposti dal concessionario ed in mano alla PA.

In altre parole il rimedio per rimodernare i contratti ma allo stesso tempo far trattenere al concessionario il livello di rischio sostanziale contrattualizzato e non solo formale, è quello di aumentare il controllo della PA sullo stesso contratto con sistemi di modellizzazione elettronica per i nuovi investimenti e di sensoristica (si può arrivare ad un controllo in scala 1:1 sull'attività di manutenzione e sugli obblighi di reazione ad eventi che diminuiscono la fruibilità

dell'infrastruttura sino ad arrivare ad obiettivi di soddisfazione degli utenti che non devono scendere sotto soglie specifiche).

Secondo la letteratura oramai copiosa questi sistemi BIM o analoghi abbattano i costi per l'attività manutentiva dell'infrastruttura con percentuali a 2 cifre ed è un vantaggio anche per lo stesso concessionario, in poche parole è un sistema win, win e win, dove l'ultima w è per gli utenti che dovrebbero godere di una *governance* dove ciascun attore (concedente e concessionario) interpreta appieno il suo ruolo di regolatore e regolato.

Roma/Milano 10 settembre 2018

**Contatti:**

Email: [ricchi.massimo@gmail.com](mailto:ricchi.massimo@gmail.com)

Tel: 347 225 3268