

Documento di consultazione

Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato
TERMINE PER LA PRESENTAZ. OSSERVAZIONI : 27/06/2016

Premessa

L'art. 181 del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (di seguito Codice) prevede che l'A.N.AC., sentito il Ministero dell'economia e delle finanze (MEF), adotti linee guida per definire le modalità con le quali le amministrazioni aggiudicatrici, attraverso la predisposizione e applicazione di sistemi di monitoraggio, esercitano il controllo sull'attività dell'operatore economico affidatario di un contratto di Partenariato Pubblico Privato (PPP), verificando in particolare la permanenza in capo allo stesso dei rischi trasferiti.

Nel presente documento sono formalizzate le posizioni che l'Autorità propone di recepire nelle suddette linee guida (di seguito, "Linee guida"), in ordine alle quali, si invitano i partecipanti alla consultazione a voler inviare osservazioni, indicazioni in ordine ad eventuali integrazioni, soluzioni alternative, elementi da approfondire.

1. Ambito di applicazione

L'art. 3 del Codice, alla lett. *eee*), definisce un contratto di PPP come «il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connessa all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore».

L'art. 180, comma 8, fornisce un elenco esemplificativo di contratti di PPP, includendo in tale categoria «la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti». Il comune denominatore di tali tipologie contrattuali è costituito dal trasferimento in capo all'operatore economico, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, del rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell'opera» (art. 180, comma 3). L'allocazione dei rischi in capo all'operatore economico si sostanzia, in altri termini, nel trasferimento del rischio operativo, quale rischio «legato alla gestione dei lavori o dei servizi... (omissis) nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi» oggetto del contratto. (art. 3, comma 1, lettera zz)».

Ciò premesso, le amministrazioni aggiudicatrici per tutti i contratti astrattamente rientranti nella definizione di cui al suddetto art. 180, comma 8, sono tenute a gestire le informazioni disciplinate dalle presenti Linee Guida nell'ambito:

- delle procedure amministrative e dei processi gestionali interni;
- dei sistemi di monitoraggio dei contratti e delle opere.

Per raggiungere tale obiettivo, si evidenzia come, anche ai fini di tutela della finanza pubblica, sia necessario per l'Amministrazione aggiudicatrice gestire analogamente le informazioni riguardanti le fasi antecedenti e collaterali al contratto, come ad esempio quelle di programmazione, di definizione del progetto di fattibilità e quelle sull'adeguatezza del finanziamento dell'operatore economico. A tal fine, l'ANAC congiuntamente al MEF, sta definendo lo standard informativo di riferimento su tali operazioni.

2. L'attività di controllo delle amministrazioni aggiudicatrici

L'efficiente allocazione dei rischi rileva non solo nella fase dell'aggiudicazione di un contratto di PPP, ma è di cruciale rilevanza anche ai fini della buona riuscita dell'operazione, ovvero della corretta esecuzione delle prestazioni. Tenuto conto soprattutto della lunga durata che, di regola, caratterizza i contratti in questione, il mantenimento del rischio operativo allocato in capo all'affidatario è indispensabile per garantire una corretta gestione della fase di esecuzione del contratto e l'effettivo e pieno soddisfacimento dei bisogni e degli interessi pubblici per i quali l'amministrazione ha affidato il contratto di PPP. Ciò rileva anche ai fini di una corretta contabilizzazione pubblica delle operazioni di PPP e del conseguente impatto su deficit e debito pubblico. Secondo le indicazioni fornite da Eurostat, (v. *Manual on Government Deficit and Debt – Implementation of ESA 2010* di Eurostat (2016), paragrafo VI.4) infatti, la classificazione delle operazioni di PPP a carico della contabilità nazionale o del settore privato dipende dalle modalità di allocazione dei rischi contrattuali tra le parti. Per poter contabilizzare off balance gli asset oggetto dell'operazione di PPP è necessaria una chiara dimostrazione dell'allocazione al privato del rischio di costruzione e almeno uno degli altri due rischi (rischio di disponibilità o rischio di domanda).

Appare chiaro che, mentre l'attività di controllo sulla corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali è comune a tutti i tipi di contratto, il monitoraggio sulla permanenza in capo all'operatore economico dei rischi allo stesso trasferiti è tipico dei contratti di PPP.

Per la prima tipologia di attività di controllo, tesa a verificare che le previsioni del contratto siano pienamente rispettate con riferimento alle scadenze temporali, alle modalità di consegna, alla qualità e quantità dei lavori, prodotti e/o servizi, per le attività principali come per le prestazioni accessorie, si rinvia alle indicazioni contenute nelle linee guida che saranno emanate, ai sensi dell'art. 111 del Codice, volte a disciplinare le modalità attraverso le quali il direttore dei lavori e il direttore dell'esecuzione effettuano l'attività di controllo tecnico, contabile e amministrativo dell'esecuzione delle prestazioni contrattuali e a quelle emanate, ai sensi dell'art. 31 del Codice, sul ruolo e funzioni del RUP (per tutte le linee guida citate, la fase di consultazione pubblica è terminata il 16 maggio 2016).

Nel presente documento si analizza, invece, l'attività di controllo sulla corretta allocazione tra soggetto pubblico e *partner* privato dei rischi connessi all'operazione di PPP e alle modalità e ai termini di

mantenimento in capo al privato, per tutta la durata del rapporto contrattuale, dei rischi allo stesso allocati.

3. Il trasferimento dei rischi all'operatore economico

Ciò che caratterizza un contratto di PPP, differenziandolo dal contratto d'appalto, è la ripartizione del rischio tra amministrazione e operatore economico. Nell'appalto quest'ultimo sopporta il rischio di costruzione, ovvero il rischio imprenditoriale derivante dall'errata valutazione dei costi di costruzione, da una cattiva gestione degli stessi, da inadempimenti contrattuali di fornitori o subappaltatori o da cause di forza maggiore. Nei contratti di PPP, invece, al rischio proprio dell'appalto si aggiunge il rischio operativo legato alla gestione dei lavori o servizi, cioè la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per l'operazione e, quindi, di subire perdite derivanti da squilibri che si possono generare sia dal lato della domanda (ad esempio, una domanda di mercato inferiore a quella prevista), sia dal lato dell'offerta (la fornitura di servizi non in linea con la domanda di mercato). Nei contratti di PPP la parte del rischio trasferita all'operatore economico deve comportare, in altri termini, una ~~parte essenziale delle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita subita dallo stesso non sia parzialmente evitabile o recuperabile~~ oppure all'incapacità di fornire, con continuità, l'opera alle condizioni previste nei documenti contrattuali, sopportando le perdite legate al mancato riconoscimento del canone.

Pertanto, è necessario, sia per prevenire il contenzioso che per evitare un'allocazione solo formale dei rischi al privato, che i rischi connessi alla costruzione e gestione dell'opera o del servizio oggetto del contratto di PPP siano chiaramente identificati, valutati e posti in capo al soggetto più in grado di farsene carico, fermo restando che l'operatore economico ne dovrà sopportare la maggioranza.

Ai fini di una corretta identificazione dei rischi si forniscono le seguenti indicazioni.

IDENTIFICAZ. DEI RISCHI PER UNA CORRETTA IMPOSTAZ. DI UN'OPERAZ. DI PPP

3.1 Il Rischio di costruzione

~~Il Rischio di costruzione è quello legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, all'aumento dei costi, a inconvenienti di tipo tecnico nell'opera e al mancato completamento dell'opera (art. 3, comma 4, lett. *aaa*), del Codice).~~ ^(presente anche nell'appalto) In tale categoria generale di rischio è possibile distinguere i seguenti rischi specifici:

1. rischio di commissionamento, ossia che l'opera non riceva l'approvazione, da parte di altri soggetti pubblici o della collettività (portatori d'interessi nei confronti dell'opera da realizzare), necessaria per procedere alla realizzazione, con conseguenti ritardi nella realizzazione e insorgere di contenziosi;
2. rischio amministrativo, connesso al notevole ritardo o al diniego nel rilascio di autorizzazioni (pareri, permessi, licenze, nulla osta, etc.) da parte di soggetti pubblici e privati competenti, con conseguenti ritardi nella realizzazione;
3. rischio espropri, connesso a ritardi da espropri o a maggiori costi di esproprio per errata progettazione e/o stima;
4. rischio ambientale/o archeologico, ossia rischio di bonifica dovuta alla contaminazione del suolo e rischio di ritrovamenti archeologici, con conseguenti ritardi nella realizzazione dell'opera e incremento di costi per il risanamento ambientale o la tutela archeologica;

5. rischio di progettazione, connesso alla sopravvenienza di necessari interventi di modifica del progetto, derivanti da errori o omissioni di progettazione, tali da incidere significativamente su tempi e costi di realizzazione dell'opera;
6. rischio di esecuzione dell'opera difforme dal progetto, collegato al mancato rispetto degli standard di progetto;
7. rischio di aumento del costo dei fattori produttivi o di inadeguatezza o indisponibilità di quelli previsti nel progetto;
8. rischio di errata valutazione dei costi e tempi di costruzione;
9. rischio di inadempimenti contrattuali di fornitori e subappaltatori.

3.2 Il Rischio di domanda **RISCHIO LEGATO AL cash flow** (opere calde o tiepide)

Il ~~Rischio di domanda~~ è quello legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero, il rischio legato alla mancanza di utenza e, quindi, di flussi di cassa (art. 3, comma 1, lett. *ccc*), del Codice). In tale categoria generale di rischio è possibile distinguere i seguenti rischi specifici:

1. rischio di contrazione della domanda di mercato, ossia di riduzione della domanda complessiva del mercato relativa al servizio, che si riflette anche su quella del concessionario;
2. rischio di contrazione della domanda specifica, collegato all'insorgere nel mercato di riferimento di un'offerta competitiva di altri operatori che eroda parte della domanda.

3.3 Il Rischio di disponibilità **(connesso spm. alle opere fredde)**

Il Rischio di disponibilità è quello legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti (art. 3, comma 1, lett. *bbb*), del Codice). In tale categoria generale di rischio è possibile distinguere i seguenti rischi specifici:

1. rischio di manutenzione straordinaria, non preventivata, derivante da una progettazione o costruzione non adeguata, con conseguente aumento dei costi;
2. rischio di performance, ossia il rischio che la struttura messa a disposizione o i servizi erogati non siano conformi agli *standard* tecnici e funzionali prestabiliti, con conseguente riduzione dei ricavi;
3. rischio di obsolescenza tecnica, legato ad una più rapida obsolescenza tecnica degli impianti, incidente sui costi di manutenzione.

3.4 Altri rischi

Accanto ai rischi di costruzione, di domanda e di disponibilità, vi sono una serie di rischi che possono presentarsi nella fase antecedente l'aggiudicazione e/o la stipula del contratto in quella successiva al termine di scadenza contrattuale ovvero durante l'intero ciclo di vita del contratto di PPP. Tra questi, si segnalano:

1. rischio normativo-politico-regolamentare, ossia che modifiche legislative non prevedibili contrattualmente determinino un aumento dei costi per l'adeguamento normativo o, nei casi

estremi, il venir meno della procedura o dell'affidamento, nonché costi legati alle azioni contro la nuova normativa;

2. rischio finanziario, che si concretizza nel mancato reperimento delle risorse di finanziamento a copertura dei costi e nei tempi prestabiliti dall'articolo 180, comma 7 o in un aumento dei tassi di interesse e/o di mancato rimborso di una o più rate di finanziamento, con conseguente aumento dei costi o impossibilità di proseguire nell'operazione;
3. rischio delle relazioni industriali, legato alle relazioni con altri soggetti che influenzino negativamente costi e tempi della consegna;
4. rischio di valore residuale, ossia il rischio di restituzione alla fine del rapporto contrattuale di un bene di valore inferiore alle attese.

Sulla base delle considerazioni sopra espresse, si invitano i partecipanti alla consultazione a fornire osservazioni, suggerimenti e/o integrazioni in ordine alla identificazione e descrizione dei rischi che devono essere tenuti in considerazione per una corretta impostazione di un'operazione contrattuale di PPP

4. Strumenti per l'analisi e allocazione dei rischi.

4.1 La matrice dei rischi

Una corretta valutazione dei rischi è compiuta attraverso l'elaborazione di una "matrice dei rischi", che permette di definire se l'ottimale allocazione del rischio specifico debba essere in capo al soggetto pubblico o privato o se non sia piuttosto opportuno considerare altre forme di gestione condivisa. Più dettagliata è la matrice, minori sono le possibilità di trascurare aspetti rilevanti nella corretta allocazione dei rischi. Al fine della costruzione della matrice dei rischi, si devono considerare i seguenti aspetti:

- a) identificazione del rischio, ovvero l'individuazione di tutti quegli elementi che potrebbero costituire un rischio nella fase di progettazione, di costruzione dell'infrastruttura o di gestione del servizio (colonna 1);
- b) risk assessment, ovvero la valutazione della probabilità del verificarsi di un evento associato ad un rischio (se non si riesce a indicare un valore preciso si possono utilizzare indicazioni tipo minima, bassa ...) e dei costi che ne possono derivare. È importante definire anche il momento in cui l'evento negativo si potrebbe verificare e valutarne gli effetti (colonne 2 e 3);
- c) risk management, individuazione dei meccanismi che permettono di minimizzare gli effetti derivanti da un evento (colonne 4 e 5);
- d) allocazione del rischio al soggetto pubblico e/o privato (colonne 6 e 7);
- e) corrispondenza tra rischio e trattamento dello stesso all'interno del contratto di PPP, effettuata mediante l'individuazione dell'articolo che disciplina lo stesso (colonna 8).

Esempio di possibile matrice dei rischi

Tipo di rischio	Probabilità del verificarsi del rischio	Maggiori costi e/o ritardi associati al verificarsi del rischio	Possibilità di mitigazione del rischio se trasferito al privato	Strumenti per la mitigazione del rischio	Rischio a carico del pubblico	Rischio a carico del privato	Art. contratto che identifica il rischio
Rischio di costruzione							

rischio di commissionamento							
rischio amministrativo							
rischio espropri							
rischio ambientale/o archeologico							
rischio di progettazione							
rischio di esecuzione dell'opera difforme dal progetto							
rischio di aumento dei prezzi o di indisponibilità dei fattori produttivi							
rischio di errata valutazione di tempi e costi							
rischio di inadempimenti contrattuali da parte di fornitori e subappaltatori							
<u>Rischio di domanda</u>							
rischio di contrazione della domanda di mercato							
rischio di contrazione della domanda specifica							
<u>Rischio di disponibilità</u>							
rischio di manutenzione straordinaria							
rischio di performance							
rischio di obsolescenza tecnica							
<u>Altri rischi</u>							
rischio normativo-politico-regolamentare							
rischio finanziario							
rischio delle relazioni industriali							
rischio di valore residuale							

Ovviamente i rischi specifici che saranno inseriti nella matrice dei rischi variano in funzione dell'oggetto dell'affidamento e della natura del contratto di PPP sottoscritto.

La costruzione di una matrice dei rischi è indispensabile anche in considerazione di quanto disposto all'art. 181, comma 2, del Codice, a tenore del quale «salva l'ipotesi in cui l'affidamento abbia ad oggetto anche l'attività di progettazione, le amministrazioni aggiudicatrici provvedono all'affidamento dei

contratti ponendo a base di gara il progetto definitivo e uno schema di contratto e di piano economico finanziario, che disciplinino l'allocazione dei rischi tra amministrazione aggiudicatrice e operatore economico».

Una volta completata la matrice dei rischi si può verificare se l'allocazione dei rischi ivi individuata è coerente con le prescrizioni del Codice per la qualificazione giuridica del contratto come PPP o concessione (ovvero il trasferimento del rischio operativo) nonché con i criteri dettati dall'Eurostat per l'inserimento *off balance* dell'intervento.

A tal fine, assumono rilevanza sostanziale i fattori relativi al finanziamento pubblico dei costi di investimento, alla presenza di garanzie pubbliche, alle clausole di fine contratto ed al valore di riscatto dell'asset a fine rapporto.

FINANZIAMENTO PUBBLICO :

Con riferimento al finanziamento pubblico, accanto alle più tradizionali forme di contribuzione pubblica devono essere considerate anche differenti forme, quali l'apporto di capitale di rischio (*equity*) o di capitale di credito (finanziamenti bancari). In tutti questi casi, la prevalente copertura del costo del capitale da parte del soggetto pubblico in una delle suddette forme indica che il soggetto pubblico assume la maggioranza dei rischi, modificando la natura del contratto. Inoltre, l'incremento del livello di finanziamento, da minoritario a maggioritario, in corso d'opera può comportare la riclassificazione *on balance* dell'asset, ossia la sua imputazione sul bilancio del soggetto pubblico.

GARANZIE PUBBLICHE :

Anche la presenza di garanzie pubbliche può rappresentare un elemento idoneo a incidere sulla distribuzione dei rischi tra le parti. A tale proposito, si rileva che le garanzie possono comportare l'iscrizione o la riclassificazione dell'asset *on balance* quando assicurano un'integrale copertura del debito o un rendimento certo del capitale investito dal soggetto privato. Assumono rilevanza a tal fine anche i casi in cui l'amministrazione fornisca una garanzia al *partner* non direttamente legata al debito contratto in relazione a uno specifico progetto in PPP.

«In ogni caso, l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al trenta per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari» (articolo 180, comma 6).

Sulla base delle considerazioni sopra espresse, si invitano i partecipanti alla consultazione a fornire osservazioni, suggerimenti e/o integrazioni in ordine all'elaborazione della matrice dei rischi e al suo utilizzo per una corretta analisi dei rischi che devono essere tenuti in considerazione per una corretta impostazione di un'operazione contrattuale di PPP.

4.2 La corretta definizione delle clausole contrattuali

Il contratto di PPP stipulato tra l'amministrazione e l'operatore economico aggiudicatario costituisce il principale strumento di garanzia per un'efficiente esecuzione del contratto, una corretta allocazione dei rischi tra le parti e per il mantenimento in capo all'operatore economico del rischio allo stesso trasferito, nonché per evitare possibili riclassificazioni finanziarie *ex post* dell'operazione di partenariato da *off a on balance sheet*. Occorrerà, quindi, che le amministrazioni prestino particolare attenzione e cura nella redazione delle clausole contrattuali, affinché le stesse siano formulate in modo da assicurare il raggiungimento dei predetti obiettivi. Ad esempio, il trasferimento in capo al privato del rischio

operativo, inteso quale rischio di non recuperare gli investimenti effettuati o i costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi, può essere compromesso da previsioni contrattuali che impediscano di decurtare i canoni che l'amministrazione deve corrispondere al privato al disotto di minimi garantiti (che corrispondono, generalmente, al valore periodico di restituzione del debito contratto dal privato con gli istituti finanziatori) o, ancora, che pongono un limite alle penali applicabili all'operatore (in modo da tagliare solo l'utile di impresa, garantendo così l'assenza di perdite.

Come ricordato, la matrice dei rischi - che deve essere allegata al contratto - attraverso un richiamo puntuale ai singoli articoli del contratto che disciplinano il soggetto e le modalità di assunzione dei rischi, costituisce un prezioso strumento di ausilio in quanto consente all'amministrazione di effettuare un controllo sulle principali clausole contrattuali, verificando se le stesse siano state formulate in modo da assicurare la corretta allocazione dei rischi.

Sul punto, si segnala che l'Autorità ha intenzione di elaborare contratti tipo di PPP al fine di addivenire a una standardizzazione delle principali clausole contrattuali finalizzata, in primis, a garantire il corretto trasferimento in capo al privato del rischio operativo.

Al riguardo, occorre evidenziare preliminarmente che alcuni elementi essenziali del contratto derivano dal contenuto dell'offerta selezionata come migliore. In relazione agli interventi realizzati mediante finanza di progetto, l'art. 183, comma 9, del Codice prevede espressamente che le offerte devono contenere un progetto definitivo, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato, nonché la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, e dare conto del preliminare coinvolgimento di uno o più istituti finanziatori nel progetto. Più in generale, anche con riferimento agli altri strumenti di PPP, può affermarsi che, in relazione a quanto previsto nel bando e alla tipologia di contratto di PPP, ad esempio nel caso delle opere fredde, l'offerta deve contenere:

- a) il piano economico finanziario asseverato e gli elaborati previsti nel bando;
- b) il prezzo richiesto dal concorrente per il contratto di concessione;
- c) l'importo che eventualmente il concorrente è disposto a corrispondere all'amministrazione aggiudicatrice;
- d) il canone che l'amministrazione aggiudicatrice deve corrispondere per la disponibilità ottimale dell'opera e/o per la prestazione di servizi per i quali va indicato il livello quantitativo e qualitativo;
- e) il meccanismo di variazione del canone commisurato alla ridotta o mancata disponibilità dell'opera e/o alla ridotta quantità e qualità dei servizi resi
- f) il tempo di esecuzione dei lavori;
- g) la durata del contratto;
- h) i servizi che richiede di sfruttare direttamente, indicando il livello iniziale della tariffa da praticare all'utenza ed il livello delle qualità di gestione del servizio e delle relative modalità per i servizi destinati agli utenti;
- i) le eventuali varianti al progetto posto a base di gara;
- j) la quota di lavori che intende affidare a terzi.

Lo schema di contratto di PPP, pertanto, deve riportare in allegato l'offerta aggiudicata e, inoltre, ai sensi dell'art. 180, comma 3, è necessario che il contenuto del contratto sia «definito tra le parti in modo che il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore economico, per eseguire

il lavoro o fornire il servizio, dipenda dall'effettiva fornitura del servizio o utilizzabilità dell'opera o dal volume dei servizi erogati in corrispondenza della domanda e, in ogni caso, dal rispetto dei livelli di qualità contrattualizzati» ... Sempre ai sensi dell'art. 180, «con il contratto di partenariato pubblico privato sono altresì disciplinati anche i rischi, incidenti sui corrispettivi, derivanti da fatti non imputabili all'operatore economico. Ai sensi del successivo art. 182, comma 2, il contratto definisce, altresì, i rischi trasferiti, le modalità del monitoraggio della loro permanenza entro il ciclo di vita del rapporto contrattuale e le conseguenze derivanti dalla anticipata estinzione del contratto, tali da comportare la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico». Pertanto, il Contratto deve indicare:

- a) le condizioni relative all'elaborazione da parte dell'operatore economico del progetto dei lavori da realizzare e le modalità di approvazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice;
- b) l'indicazione delle caratteristiche funzionali, impiantistiche, tecniche e architettoniche dell'opera e lo standard dei servizi richiesto;
- c) l'obbligo per l'operatore economico di acquisire tutte le approvazioni necessarie oltre quelle già ottenute in sede di approvazione del progetto;
- d) i poteri riservati all'amministrazione aggiudicatrice, ivi compresi i criteri per la vigilanza sui lavori e sui servizi da parte dei soggetti competenti (responsabile del procedimento, direttore dei lavori e direttore dell'esecuzione);
- e) il flusso informativo che l'operatore economico deve garantire all'amministrazione per l'esercizio del monitoraggio sui rischi (v. *infra* paragrafo 5.2);
- f) la specificazione della quota annuale di ammortamento degli investimenti;
- g) il rispetto delle regole previste per il subappalto;
- h) le procedure di collaudo e di verifica di conformità;
- i) le modalità ed i termini per la manutenzione e per la gestione dell'opera realizzata, nonché i poteri di controllo dell'amministrazione su tali attività;
- j) le penali per le inadempienze dell'operatore economico, le ipotesi di risoluzione contrattuale, nonché le relative procedure;
- k) le modalità di corresponsione dell'eventuale prezzo;
- l) i criteri per la determinazione e l'adeguamento della tariffa che l'operatore economico potrà riscuotere dall'utenza per i servizi prestati;
- m) le modalità ed i termini di adempimento da parte dell'operatore economico di eventuali oneri, comprendenti la corresponsione di canoni o prestazioni di natura diversa;
- n) le garanzie assicurative richieste per le attività di progettazione, costruzione e gestione;
- o) le modalità, i termini e gli eventuali oneri relativi alla consegna dell'opera all'amministrazione aggiudicatrice al termine del contratto;
- p) nel caso di cui all'articolo 191, comma 3, del Codice, le modalità per il trasferimento e l'eventuale immissione in possesso dell'immobile anteriormente all'ultimazione dei lavori;
- q) il piano economico – finanziario di copertura degli investimenti nonché le cause e le modalità per la sua revisione;
- r) il corrispettivo per il valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine del rapporto contrattuale;
- s) la matrice dei rischi.

Sulla base delle considerazioni sopra espresse, si invitano i partecipanti alla consultazione a fornire osservazioni, suggerimenti e/o integrazioni in ordine ai contenuti minimi dell'offerta e del contratto, con particolare riguardo alla finalità di realizzare una corretta identificazione,

allocazione e monitoraggio dei rischi che devono essere tenuti in considerazione per una corretta impostazione di una operazione contrattuale di PPP

4.3 La revisione del Piano economico-finanziario

L'art. 180, comma 6, del Codice prevede che presupposto per la corretta allocazione dei rischi è l'equilibrio economico e finanziario, definito all'art. 3, comma 1, lett. fff), come la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria. Per convenienza economica si intende la capacità del progetto di creare valore nell'arco del periodo di efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito; per sostenibilità finanziaria si intende la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento. Esso è rappresentato dai valori di indicatori che devono essere esposti nel piano economico e finanziario. Tra gli indicatori cui riferirsi, si ricordano il DSCR (*Debt Service Cover Ratio*), il LLCR (*Long Life Cover Ratio*) per la sostenibilità finanziaria; il TIR (Tasso Interno di Rendimento) di Progetto e il VAN (Valore Attuale Netto) di Progetto quali indicatori adatti alla valutazione della capacità del progetto/investimento di generare ricchezza, VAN (Valore Attuale Netto) dell'azionista e TIR (Tasso Interno di Rendimento) dell'azionista quali indicatori di riferimento per la redditività dell'operatore economico.

INDICATORI DEL PEF

All'art. 182, comma 3, del Codice è previsto che il verificarsi di fatti non riconducibili all'operatore economico che incidono sull'equilibrio del piano economico e finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio. La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto. Pertanto, occorre richiamare l'attenzione delle amministrazioni sulla circostanza che non tutti gli scostamenti dai valori indicati dell'equilibrio economico e finanziario impongono all'amministrazione di procedere alla sua revisione con onere a proprio carico al fine di ristabilirne l'equilibrio, ma solo quelli determinati da fatti o atti non imputabili alla responsabilità dell'operatore economico. In ogni caso, la revisione del piano economico e finanziario deve procedere solo nei limiti di quanto necessario a neutralizzare gli effetti derivanti dall'evento non imputabile al Concessionario e che ha consentito di avviare la procedura di riequilibrio. Ciò vale sia per gli indicatori di redditività, sia per quelli di sostenibilità finanziaria.

A tal fine, è molto importante che siano chiaramente individuati gli eventi non imputabili all'operatore economico che danno diritto a una revisione del piano economico e finanziario. Tra questi possono essere indicati:

- a) eventi di forza maggiore, ossia ogni atto o fatto imprevisto e imprevedibile che la parte non avrebbe potuto prevedere, né prevenire con l'esercizio dell'ordinaria diligenza, tale da rendere oggettivamente impossibile in tutto o in parte l'adempimento delle obbligazioni contrattuali,*
- b) l'entrata in vigore di norme legislative e regolamentari che incidano sui termini e sulle condizioni di realizzazione, di gestione economica e/o funzionale dell'opera, nonché di gestione dei servizi o stabiliscano nuovi meccanismi tariffari;
- c) le varianti richieste dall'amministrazione o concordate tra le Parti che comportino un'alterazione dell'equilibrio economico-finanziario.

* non si tratta di una sopravvenienza contrattata alla sola sfera pubblica, MA SI TRATTA DI EVENTI LEGATI AL RISCHIO IMPRENDITOR. 10

A titolo esemplificativo, possono considerarsi eventi di forza maggiore:

- i. scioperi, fatta eccezione per quelli che riguardano l'amministrazione o l'operatore economico, ovvero l'affidatario di lavori o servizi oggetto del contratto di PPP;
- ii. guerre o atti di ostilità, comprese azioni terroristiche, sabotaggi, atti vandalici e sommosse, insurrezioni e altre agitazioni civili;
- iii. esplosioni, radiazioni e contaminazioni chimiche;
- iv. fenomeni naturali avversi, comprese esondazioni, fulmini, terremoti, siccità, accumuli di neve o ghiaccio;
- v. epidemie e contagi;
- vi. indisponibilità di alimentazione elettrica, gas o acqua per cause non imputabili all'amministrazione, all'operatore economico o a terzi affidatari di lavori o servizi oggetto del contratto;
- vii. impossibilità, per fatto del terzo, di accedere a materie prime e/o servizi necessari alla realizzazione dell'intervento;
- viii. atti o fatti posti in essere da terzi.

Sulla base delle considerazioni sopra espresse, si invitano i partecipanti alla consultazione a fornire osservazioni, suggerimenti e/o integrazioni in ordine alla revisione del piano economico finanziario, in modo da consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario

5. Strumenti per il monitoraggio dei rischi

5.1 La matrice dei rischi

La matrice dei rischi sopra descritta, per la cui elaborazione si rinvia al precedente paragrafo 4.1, non costituisce solo uno strumento di analisi dei rischi e di definizione della relativa allocazione, ma può essere utilizzata anche come parametro di riferimento per la verifica della permanenza in capo all'operatore economico dei rischi trasferiti allo stesso. In particolare, ogniqualvolta le parti concordano una variazione contrattuale o la revisione del piano economico-finanziario, l'amministrazione è tenuta ad accertare che tali modifiche lascino inalterata l'allocazione dei rischi così come definita nella matrice e che permanga, quindi, in capo all'operatore economico il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi, in modo che, in condizioni operative normali, non sia garantito allo stesso il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto del contratto.

5.2 Il flusso informativo per il monitoraggio sui rischi

Il controllo da parte dell'amministrazione sul mantenimento in capo al privato del rischio operativo si basa, innanzitutto, sulla disponibilità dei dati relativi all'andamento della gestione dei lavori e dei servizi. In particolare, è necessario che l'amministrazione disponga dei dati utilizzati per la definizione dell'equilibrio economico-finanziario, in modo da poter rilevare gli scostamenti dai valori di equilibrio. A tal fine è opportuno che nel contratto sia espressamente prevista, tra gli obblighi a carico dell'operatore economico, la trasmissione di tale flusso informativo. È auspicabile, al riguardo, la

previsione di una piattaforma informatica condivisa tra amministrazione e operatore economico nella quale possano essere inseriti, da entrambe le parti, i dati in questione non appena se ne ha la disponibilità. In mancanza di tale piattaforma, tale adempimento può essere realizzato mediante una periodica attività di reporting.

5.3 Resoconto economico-gestionale

Come già evidenziato, il trasferimento del rischio operativo al privato impone la presenza di adeguate previsioni contrattuali in tema di *Service Level Agreement (SLA)*, sistema di penali, decurtazione del canone. Tuttavia, perché tale assetto contrattuale possa raggiungere lo scopo di mantenere l'allocazione dei rischi in esso stabilita, è indispensabile che a tali clausole sia data tempestiva e puntuale applicazione e, quindi, che siano correttamente svolte le funzioni di direzione e di controllo tecnico, contabile e amministrativo dell'esecuzione del contratto. Pertanto, a tal fine appaiono nevralgiche le figure del responsabile unico del procedimento, del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione, chiamate a controllare i livelli di qualità delle prestazioni e la regolare esecuzione delle prestazioni avuto riguardo ai documenti contrattuali.

Pertanto, si ritiene che, al fine di monitorare che l'allocazione dei rischi permanga in virtù di una corretta gestione del contratto, sia necessario che l'amministrazione, per il tramite del Rup, riceva un periodico resoconto economico-gestionale sull'esecuzione del contratto, nel quale sia evidenziato l'andamento dei lavori in relazione al cronoprogramma, il rispetto degli SLA, l'esecuzione dei controlli previsti dal contratto, l'applicazione di eventuali penali o decurtazioni del canone e, in generale, ogni altro elemento di rilevanza contrattuale necessario per accertare la corretta gestione del contratto di PPP.

Sulla base delle considerazioni sopra espresse, si invitano i partecipanti alla consultazione a fornire osservazioni, suggerimenti e/o integrazioni in ordine agli strumenti di monitoraggio dei rischi individuati nel presente documento e a indicare eventuali ulteriori strumenti ritenuti utili per realizzare una corretta vigilanza sul mantenimento in capo al privato del rischio operativo.