

AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE

DELIBERA 28 marzo 2018.

Linee guida n. 9, di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recanti il «Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato».

IL CONSIGLIO DELL'AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE

Premessa

I contratti di partenariato pubblico privato (PPP), definiti all'art. 3, lettera *eee*), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (codice dei contratti pubblici), costituiscono una forma di cooperazione tra il settore pubblico e quello privato finalizzata alla realizzazione di opere e alla gestione di servizi, nell'ambito della quale i rischi legati all'operazione che si intende porre in essere sono suddivisi tra le parti sulla base delle relative competenze di gestione del rischio, fermo restando che - ai sensi dell'art. 180, comma 3, del codice dei contratti pubblici - è necessario che sia trasferito in capo all'operatore economico, oltre che il rischio di costruzione, anche il rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, il rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell'opera. Per i contratti di concessione, che l'art. 180, comma 8, del codice dei contratti pubblici ricomprende nel PPP, l'allocatione di tali rischi in capo all'operatore economico deve sostanziarsi nel trasferimento allo stesso del cd. rischio operativo di cui all'art. 3, comma 1, lettera *zz*), del codice dei contratti pubblici, cioè nella possibilità per l'operatore economico di non riuscire a recuperare, in condizioni operative normali, gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per l'operazione.

Per quanto riguarda la contabilizzazione pubblica delle operazioni di PPP e il conseguente impatto su deficit e debito pubblico, si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat (v. *Manual on Government Deficit and Debt – Implementation of ESA 2010* di Eurostat (ed. 2016), paragrafo VI.4, e ss.mm.ii.).

In tale contesto, l'art. 181, comma 4, del codice dei contratti pubblici attribuisce all'A.N.AC., sentito il Ministero dell'economia e delle finanze, il compito di adottare Linee Guida che definiscano le modalità con le quali le amministrazioni aggiudicatrici, attraverso sistemi di monitoraggio, esercitano il controllo sull'attività dell'operatore economico (partner privato in un contratto di PPP), verificando in particolare la permanenza in capo allo stesso dei rischi trasferiti.

A tal fine, le presenti Linee Guida si applicano ai contratti di PPP di cui all'art. 3, lettera *eee*), del codice dei contratti pubblici, tra i quali rientrano i contratti indicati all'art. 180, comma 8, del codice dei contratti pubblici e ogni altro contratto che presenti le caratteristiche individuate dal medesimo art. 180.

Il PPP rappresenta un complesso fenomeno giuridico che si delinea come un *genus* contrattuale riferibile a più modelli specifici in cui risulta prevalente la natura eco-

nomico-finanziaria. Da qui la necessità di un approccio multidisciplinare nella sua gestione con affiancamento di figure giuridiche, economiche e tecniche. Tale risultato può essere raggiunto, per quanto concerne il responsabile del procedimento (RUP), mediante il ricorso agli strumenti già individuati dal codice dei contratti pubblici o dagli atti a carattere generale dell'Autorità, quali la richiesta di una formazione in materia di *project management* oppure la costituzione di una struttura di supporto al RUP. Con riferimento al direttore dei lavori o al direttore dell'esecuzione, la stazione appaltante dovrà individuare professionalità idonee a svolgere le attività richieste nella gestione degli specifici contratti, valutando, a tal fine, l'opportunità di istituire l'ufficio di direzione dei lavori. Dette indicazioni tengono conto della prossima introduzione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti delineato all'art. 38 del codice dei contratti pubblici che richiede l'istituzione di strutture organizzative stabili deputate al processo di acquisizione di beni, servizi o lavori e la presenza, in tali strutture, di dipendenti aventi specifiche competenze.

Per la predisposizione delle presenti linee guida sono stati acquisiti, oltre al parere obbligatorio del Ministero dell'economia e delle finanze, anche quelli del Consiglio di Stato, dell'Autorità di regolazione dei trasporti, dell'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente e dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

In considerazione della rilevanza che la fase preliminare di impostazione ed elaborazione delle operazioni di PPP assume ai fini della buona riuscita delle stesse e dell'efficace controllo sulla corretta esecuzione dei contratti, la Parte I contiene indicazioni, ai sensi dell'art. 213, comma 2, del codice dei contratti pubblici, per l'identificazione e l'accurata valutazione dei rischi connessi ai contratti di PPP a partire dalla fase che precede l'indizione della procedura di gara. Nella Parte II sono riportate, invece, le prescrizioni sulle modalità di controllo dell'attività svolta dagli operatori economici in esecuzione di un contratto di PPP, da considerarsi vincolanti per le amministrazioni aggiudicatrici ai sensi del citato art. 181, comma 4, del codice dei contratti pubblici.

Parte I - Analisi e allocazione dei rischi

1. Il trasferimento dei rischi all'operatore economico

1.1 Le amministrazioni aggiudicatrici identificano e valutano gli specifici rischi connessi alla costruzione e gestione dell'opera o del servizio oggetto del contratto di PPP, ponendo gli stessi in capo al soggetto che presenta la maggiore capacità di controllo e gestione degli stessi.

1.2 Ai fini della valutazione della capacità di gestione del singolo rischio occorre verificare la possibilità per ciascuno dei partner del progetto di adottare misure idonee a ridurre gli effetti negativi di tali eventi (ad es. attraverso polizze di assicurazione disponibili sul mercato).

2. Le diverse tipologie di rischio.

2.1 Il Rischio operativo è definito all'art. 3, comma 1, lettera *zz*) del codice dei contratti pubblici. In tale categoria di rischio rientrano, oltre al rischio di costruzione, anche il rischio di domanda e/o il rischio di disponibilità,

nonché altri rischi specifici descritti al punto 2.5. Il rischio operativo deriva da fattori al di fuori del controllo delle parti, differenziandosi per tale aspetto da rischi come quelli legati a una cattiva gestione o a inadempimenti contrattuali da parte dell'operatore economico, che non sono determinanti ai fini della qualificazione giuridica del contratto come concessione, dal momento che sono insiti anche nei contratti di appalto pubblico.

2.2 Il Rischio di costruzione è definito all'art. 3, comma 1, lettera *aaa*), del codice dei contratti pubblici. In tale categoria generale di rischio si distinguono, a titolo esemplificativo e non esaustivo, i seguenti rischi specifici:

a) 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;

b) rischio di esecuzione dell'opera difforme dal progetto, collegato al mancato rispetto degli standard di progetto;

c) rischio di aumento del costo dei fattori produttivi o di inadeguatezza o indisponibilità di quelli previsti nel progetto;

d) rischio di errata valutazione dei costi e tempi di costruzione;

e) rischio di inadempimenti contrattuali di fornitori e subappaltatori;

f) rischio di inaffidabilità e inadeguatezza della tecnologia utilizzata.

2.3 Il Rischio di domanda è definito all'art. 3, comma 1, lettera *ccc*), del codice dei contratti pubblici. Il Rischio di domanda, che può non dipendere dalla qualità delle prestazioni erogate dall'operatore economico, costituisce di regola un elemento del consueto «rischio economico» sopportato da ogni operatore in un'economia di mercato. In tale categoria generale di rischio si distinguono i seguenti rischi specifici:

a) rischio di contrazione della domanda di mercato, ossia di riduzione della domanda complessiva del mercato relativa al servizio, che si riflette anche su quella dell'operatore economico;

b) 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.

Il Rischio di domanda non è di regola presente nei contratti nei quali l'utenza finale non abbia libertà di scelta in ordine alla fornitura dei servizi (ad es. carceri, scuole, ospedali) e, pertanto, in tali casi, ai fini della qualificazione del contratto come PPP, è necessaria l'allocazione in capo all'operatore economico, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità di cui al successivo punto 2.4. a)

2.4 Il Rischio di disponibilità è definito all'art. 3, comma 1, lettera *bbb*), del codice dei contratti pubblici. In tale

categoria generale di rischio si distinguono, a titolo esemplificativo e non esaustivo, i seguenti rischi specifici:

a) rischio di manutenzione straordinaria, non preventivata, derivante da una progettazione o costruzione non adeguata, con conseguente aumento dei costi;

b) rischio di *performance*, ossia il rischio che la struttura messa a disposizione o i servizi erogati non siano conformi agli indicatori chiave di prestazione (*Key Performance Indicator - KPI*) elaborati preventivamente in relazione all'oggetto e alle caratteristiche del contratto o agli standard tecnici e funzionali prestabiliti, con conseguente riduzione dei ricavi;

c) rischio di indisponibilità totale o parziale della struttura da mettere a disposizione e/o dei servizi da erogare.

2.5 Con riferimento ai contratti di disponibilità si richiama l'attenzione delle amministrazioni aggiudicatrici sul combinato disposto dei commi 2 e 5 dell'art. 188 del codice dei contratti pubblici, secondo cui salvo diversa determinazione contrattuale, i rischi sulla costruzione e gestione tecnica dell'opera derivanti da mancato o ritardato rilascio di autorizzazioni, pareri, nulla osta e ogni altro atto di natura amministrativa sono a carico del soggetto aggiudicatore, ad eccezione del rischio della mancata o ritardata approvazione da parte di terze autorità competenti della progettazione e delle eventuali varianti che è, invece, a carico dell'operatore economico affidatario.

2.6 Si rappresenta che non può considerarsi trasferito all'operatore economico:

a) il rischio di costruzione, laddove l'amministrazione si obblighi a corrispondere allo stesso le somme stabilite dal contratto senza la verifica preventiva delle condizioni in cui l'opera è consegnata o nel caso in cui si obblighi a sopportare sistematicamente ogni eventuale costo aggiuntivo indipendentemente dalla relativa causa;

b) il rischio di disponibilità, qualora il pagamento dei corrispettivi stabiliti contrattualmente non sia strettamente correlato al volume e alla qualità delle prestazioni erogate; il contratto non preveda un sistema automatico di penali in grado di incidere significativamente sui ricavi e profitti dell'operatore economico; il valore del canone di disponibilità risulti così sovrastimato da annullare l'assunzione del rischio;

2.7 il rischio di domanda, laddove l'amministrazione si obblighi ad assicurare all'operatore economico determinati livelli di corrispettivo indipendentemente dall'effettivo livello di domanda espresso dagli utenti finali, in modo tale che le variazioni di domanda abbiano un'influenza marginale sui profitti dell'operatore economico. Il rischio di domanda è altresì annullato quando negli atti di programmazione o nel piano economico e finanziario la domanda finale è sottostimata e, quindi, le fluttuazioni della domanda effettiva non determinano mai una reale possibilità di incorrere in perdite. In ogni caso, è opportuna la previsione di idonee clausole contrattuali volte a scongiurare ipotesi di extra-redditività prevedendo rimedi quali una variazione della durata del contratto nel caso in cui sia dimostrato che l'operatore economico abbia conseguito più velocemente l'obiettivo del recupero degli investimenti e dei costi sostenuti, oppure la previsione

di meccanismi di *profit sharing* che consentano la condivisione degli extra-profitti con l'amministrazione o con gli utenti destinatari del servizio, in caso di opere calde. Assumono rilevanza sostanziale ai fini dell'allocazione dei rischi anche i fattori relativi al finanziamento pubblico dei costi di investimento, alle misure agevolative previste a legislazione vigente (ad esempio art. 18 della legge 12 novembre 2011 n. 183; art. 33 del decreto legge 18 ottobre 2012 n. 179 convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012 n. 221; art. 11 del decreto legge 11 settembre 2014 n. 133 convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 2014 n. 164), alla presenza di garanzie pubbliche, alle clausole di fine contratto e al valore di riscatto dell'*asset* a fine rapporto. Si richiama l'attenzione delle amministrazioni aggiudicatrici sul limite all'eventuale riconoscimento del prezzo stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice ai soli fini del raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario fissato all'art. 180, comma 6, del codice dei contratti pubblici e per i contratti di disponibilità sul limite all'eventuale riconoscimento di un contributo in corso d'opera fissato all'art. 188, comma 1, lettera b), del codice dei contratti pubblici. 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).

2.8 Altri rischi

2.8.1 Accanto ai rischi generali di costruzione, di domanda e di disponibilità, vi sono una serie di altri rischi che possono presentarsi sia nella fase antecedente l'aggiudicazione e/o la stipula del contratto, sia in quella successiva, ovvero, durante l'intero ciclo di vita del contratto di PPP. Tra questi, si segnalano, a titolo esemplificativo e non esaustivo:

a) rischio di commissionamento, ossia il rischio che l'opera non riceva il consenso, da parte di altri soggetti pubblici o della collettività (portatori d'interessi nei confronti dell'opera da realizzare), con conseguenti ritardi nella realizzazione e insorgere di contenziosi, ovvero nei casi estremi, con il conseguente venir meno della procedura o dell'affidamento;

b) 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, o anche al rilascio dell'autorizzazione con prescrizioni, con conseguenti ritardi nella realizzazione;

c) rischio espropri, connesso a ritardi da espropri o a maggiori costi di esproprio per errata progettazione e/o stima;

d) rischio ambientale e/o archeologico, ossia il rischio legato alle condizioni del terreno, nonché 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;

e) rischio normativo-politico-regolamentare, derivante da modifiche dell'assetto regolatorio e da decisioni politiche programmatiche non prevedibili contrattualmente con conseguente aumento dei costi per l'adeguamento.

Anche tale rischio può comportare, nei casi estremi, il venir meno della procedura o dell'affidamento;

f) rischio di finanziamento, ossia di mancato reperimento delle risorse di finanziamento a copertura dei costi e nei tempi prestabiliti dall'art. 180, comma 7;

g) rischio finanziario, che si concretizza 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;

h) rischio di insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi offerti;

i) rischio delle relazioni industriali, legato alle relazioni con altri soggetti (parti sociali) che influenzino negativamente costi e tempi della consegna;

j) rischio di valore residuale, ossia il rischio di restituzione alla fine del rapporto contrattuale di un bene di valore inferiore alle attese;

k) rischio di obsolescenza tecnica, legato ad una più rapida obsolescenza tecnica degli impianti, incidente sui costi di manutenzione e/o sugli standard tecnici e funzionali prestabiliti;

l) rischio di interferenze di sopra e sotto servizi, legato alla presenza nei tratti interessati dai lavori di servizi di varia natura (es. acqua, gas, energia elettrica, cavi, fibra ottica, ecc.).

2.8.2 In relazione al rischio finanziario di cui alla lettera g) che precede, le amministrazioni verificano che gli operatori economici abbiano formulato il piano economico finanziario (di seguito *PEF*) con valori di costo del capitale allineati al mercato, dal momento che l'effettiva sussistenza di tale rischio in capo all'operatore economico richiede che il costo del capitale non sia sovrastimato, ad esempio dalla previsione di un tasso di interesse eccessivamente prudenziale.

2.8.3 L'amministrazione dovrà, di volta in volta, in relazione allo specifico progetto, individuare i rischi che possono essere ad esso connessi, ponendo attenzione, in particolare, a quei rischi che possono, con ragionevole certezza, ritenersi a carico del partner privato e che dovranno, quindi, essere allo stesso allocati.

3. La revisione del piano economico-finanziario

3.1 L'equilibrio economico e finanziario, di cui all'art. 3, comma 1, lettera fff), del codice dei contratti pubblici, si realizza quando i flussi di cassa derivanti dai ricavi del contratto coprono i flussi di cassa derivanti dai costi ammessi per l'esecuzione del contratto, inclusi quelli relativi all'ammortamento del capitale investito netto e alla remunerazione dello stesso ad un tasso che può essere definito congruo e quelli richiesti per versare le imposte. Detto equilibrio è rappresentato dai valori di specifici indicatori esposti nel *PEF* ed individuati in dipendenza della metodologia utilizzata per l'analisi di convenienza economica e sostenibilità finanziaria del progetto. Tra gli indicatori cui riferirsi, si annoverano:

a) gli indicatori della capacità del progetto/investimento di generare ricchezza, quali il Tasso Interno di Rendimento (*Internal Rate of Return - TIR*) di Progetto, che indica, in termini percentuali, il tasso di rendimento dei flussi di cassa associati al Progetto, così come indi-

viduato nel PEF e il Valore Attuale Netto (*Net Present Value* – VAN o *NPV*) di Progetto, che indica, in termini monetari, il valore creato o disperso dal progetto nell'arco del periodo del contratto di PPP;

b) gli indicatori di riferimento per la redditività dell'operatore economico, quali il VAN dell'azionista che rappresenta, in termini monetari, il valore creato o disperso dall'investimento effettuato dagli azionisti nell'arco del periodo del contratto di PPP e il TIR dell'azionista, che indica, in termini percentuali, il tasso di rendimento dei flussi di cassa associati agli azionisti, così come individuato nel PEF;

c) gli indicatori della sostenibilità finanziaria del progetto, quali il DSCR (*Debt Service Cover Ratio*) che rappresenta il rapporto tra l'importo del flusso di cassa disponibile in un determinato periodo e il servizio del debito - per capitale e interessi - per il medesimo periodo; il LLCR (*Long Life Cover Ratio*) che indica, con riferimento a ciascuna data di calcolo, il rapporto tra il valore attuale netto del flusso di cassa disponibile per il periodo intercorrente tra la data di calcolo e la data finale di rimborso del finanziamento, applicando un tasso di sconto pari al tasso di interesse di tale finanziamento, e la somma degli importi erogati e non rimborsati del finanziamento alla stessa data di calcolo.

In generale e fermi i criteri e le buone pratiche definite dalle Autorità di regolazione competenti, l'equilibrio economico-finanziario è verificato quando, dato un tasso di congrua remunerazione del capitale investito, il valore attuale netto dei flussi di cassa del progetto (VAN del progetto) è pari a zero. Segnatamente, il PEF è in equilibrio quando il TIR dell'azionista è uguale al costo atteso del capitale investito; il TIR di progetto è uguale al Costo medio ponderato del capitale (*Weighted Average Cost of Capital* - WACC); il VAN dell'azionista/di progetto è pari a zero. Se i valori di VAN e TIR di progetto non tendono all'equilibrio significa che il contratto contiene margini di extra-redditività per il partner privato che ne riducono il trasferimento del rischio operativo e, pertanto, queste situazioni devono essere attentamente valutate dalle amministrazioni. Dette verifiche sono svolte confrontando il TIR con opportuni *benchmark* rilevati, ad esempio, dal Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica (DIPE) o dalle Autorità di regolazione. Il WACC rappresenta una media ponderata tra il costo del debito al netto dell'imposizione fiscale e il costo del capitale proprio, pesati per la rispettiva percentuale di incidenza rispetto all'intera strutturale del capitale. Il WACC rappresenta il valore massimo del tasso da applicare al capitale investito netto al fine di determinare il costo di remunerazione del capitale da inserire nel PEF.

3.2 La revisione del PEF di cui agli articoli 165, comma 6, e 182, comma 3, del codice dei contratti pubblici non può essere parziale e deve riguardare tutti gli scostamenti dai valori indicati dell'equilibrio economico e finanziario. Gli eventuali scostamenti rientranti nei rischi allocati alla parte privata sono riequilibrati con oneri e/o compensazioni a carico della stessa. I valori degli indicatori economici e finanziari di progetto rappresentano un utile strumento di monitoraggio delle revisioni del piano. Le variazioni di detti valori, rilevati nel corso dell'esecu-

zione del contratto potrebbero segnalare casi in cui la revisione del PEF ha modificato le condizioni di equilibrio iniziale a vantaggio della parte privata.

3.3 L'art. 182, comma 3, del codice dei contratti pubblici dei contratti pubblici si applica anche alla revisione del PEF nell'ambito di contratti di concessione prevista all'art. 165, comma 6, del codice dei contratti pubblici. Tra gli eventi non imputabili all'operatore economico che danno diritto a una revisione del PEF rientrano gli eventi di forza maggiore tali da rendere oggettivamente impossibile o eccessivamente oneroso, in tutto o in parte, l'adempimento delle obbligazioni contrattuali. Il contratto di PPP riporta un elenco tassativo di casi di forza maggiore. A titolo esemplificativo, possono considerarsi eventi di forza maggiore:

a) 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;

b) guerre o atti di ostilità, comprese azioni terroristiche, sabotaggi, atti vandalici e sommosse, insurrezioni e altre agitazioni civili;

c) esplosioni, radiazioni e contaminazioni chimiche;

d) fenomeni naturali avversi di particolare gravità ed eccezionalità, comprese esondazioni, fulmini, terremoti, siccità, accumuli di neve o ghiaccio;

e) epidemie e contagi;

f) 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;

g) impossibilità, imprevista e imprevedibile, per fatto del terzo, di accedere a materie prime e/o servizi necessari alla realizzazione dell'intervento.

Per ogni operazione di PPP le amministrazioni aggiudicatrici svolgono, preliminarmente, l'analisi dei rischi connessi alla costruzione e gestione dell'opera o del servizio oggetto del contratto di PPP, al fine di verificare la possibilità di trasferimento all'operatore economico, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o del rischio di domanda dei servizi resi nonché, per i contratti di concessione, del rischio operativo. Il trasferimento di tali rischi è condizione necessaria per la qualificazione giuridica del contratto come PPP e per la conseguente possibilità di applicazione delle procedure speciali previste per questo istituto. La revisione del PEF di cui agli artt. 165, comma 6, e 182, comma 3, del codice dei contratti pubblici non può essere parziale e deve riguardare tutti gli scostamenti dai valori indicati dell'equilibrio economico e finanziario. Gli eventuali scostamenti rientranti nei rischi allocati alla parte privata sono riequilibrati con oneri e/o compensazioni a carico della stessa.

Parte II – Il monitoraggio dell'attività dell'operatore economico

4. La corretta definizione delle clausole contrattuali

4.1 Il contratto di PPP stipulato tra l'amministrazione e l'operatore economico aggiudicatario è predisposto dal

RUP e da questo proposto all'amministrazione con indicazione dello schema completo delle clausole contrattuali ritenute adeguate. Il contratto 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 «fuori» a «dentro» il bilancio dell'amministrazione. A tal fine, le amministrazioni sono tenute a prestare particolare attenzione e cura nella redazione delle clausole contrattuali, affinché le stesse siano formulate in modo da assicurare il raggiungimento dei predetti obiettivi. In particolare, il trasferimento dei rischi al privato impone la presenza di adeguate previsioni contrattuali in tema di *Service Level Agreement* (SLA) e di penali basate su criteri di valutazione oggettivi e certi, mediante l'elaborazione preventiva di KPI determinati in relazione ai contenuti e alle caratteristiche dello specifico contratto o monitorati dalla regolazione di settore, con previsione di decurtazione automatica del canone.

4.2 Alcuni elementi essenziali del contratto derivano dal contenuto dell'offerta selezionata come migliore. Per ogni strumento di PPP, in relazione a quanto previsto nel bando e alla tipologia e oggetto del contratto di PPP, al fine di realizzare un efficace monitoraggio sulla corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali, le amministrazioni devono prevedere il seguente contenuto minimo dell'offerta:

- a) il PEF redatto in formato elettronico con indicazione delle formule di calcolo e gli elaborati previsti nel bando;
- b) il prezzo richiesto dal concorrente per il contratto di PPP;
- 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 della progettazione;
- g) il tempo di esecuzione dei lavori;
- h) la durata del contratto;
- i) i servizi che il concorrente richiede di sfruttare direttamente, indicando il livello iniziale della tariffa da praticare all'utenza e il livello delle qualità di gestione del servizio e delle relative modalità per i servizi destinati agli utenti;
- j) le eventuali varianti al progetto posto a base di gara;
- k) la quota di lavori che il concorrente intende affidare a terzi;
- l) eventuali garanzie a favore della stazione appaltante a copertura dei rischi generati dal trasferimento da parte di quest'ultima di utilità economiche all'affidatario del contratto, a fronte della disponibilità dell'opera o della domanda di servizi;

m) la documentazione prevista dai provvedimenti di natura regolatoria adottati dalle Autorità di settore.

4.3 Il contratto di PPP deve riportare in allegato l'offerta aggiudicata e la matrice dei rischi.

4.4 Le amministrazioni aggiudicatrici devono prevedere che il contratto di PPP abbia il contenuto individuato all'art. 182, comma 2, del codice dei contratti pubblici e che disciplini almeno i seguenti aspetti:

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 compiere tutte le attività previste per l'acquisizione delle 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 relativo all'andamento della gestione dei lavori e dei servizi e dei dati utilizzati per la definizione dell'equilibrio economico-finanziario che l'operatore economico deve garantire all'amministrazione per l'esercizio del monitoraggio sui rischi ai sensi del successivo paragrafo 7, le relative modalità di trasmissione, nonché le penali da applicare in caso di inadempimento di tale obbligo;

f) il rispetto delle regole previste per il subappalto;

g) le procedure di collaudo e di verifica di conformità;

h) le modalità e i termini per la manutenzione e per la gestione dell'opera realizzata, nonché i poteri di controllo dell'amministrazione su tali attività;

i) le penali per le inadempienze dell'operatore economico, le ipotesi di risoluzione contrattuale, nonché le relative procedure, con indicazione delle voci da computare ai fini della quantificazione delle somme dovute all'una o all'altra parte, laddove non espressamente già previste dal codice dei contratti pubblici;

j) le modalità di corresponsione dell'eventuale prezzo;

k) i criteri per la determinazione e l'adeguamento della tariffa che l'operatore economico potrà riscuotere dall'utenza per i servizi prestati;

l) le modalità e i termini di adempimento da parte dell'operatore economico di eventuali oneri;

m) le garanzie assicurative richieste per le attività di progettazione, costruzione e gestione;

n) le modalità, i termini e gli eventuali oneri relativi alla consegna dell'opera all'amministrazione aggiudicatrice al termine del contratto;

o) nel caso di cui all'art. 191, comma 3, del codice dei contratti pubblici, le modalità per il trasferimento e l'eventuale immissione in possesso dell'immobile anteriormente all'ultimazione dei lavori;

p) il piano economico – finanziario di copertura degli investimenti nonché le cause e le modalità per la sua revisione;

q) il corrispettivo per l'eventuale valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine del rapporto contrattuale, nonché le modalità e le tempistiche di pagamento di tale valore da parte del subentrante.

Al fine di poter realizzare un corretto monitoraggio dell'attività dell'operatore economico è necessario che le clausole contenute nel contratto siano definite con rigore, nel rispetto dei contenuti minimi dell'offerta e del contratto elencati ai paragrafi 4.2 e 4.4, tenendo conto delle caratteristiche di ciascuna specifica tipologia di operazione di PPP posta in essere. Il contratto di PPP deve riportare in allegato l'offerta aggiudicata e la matrice dei rischi.

5. La matrice dei rischi

5.1 Al contratto di PPP o di concessione è allegata la «matrice dei rischi», che costituisce - parte integrante del contratto medesimo. Detto documento è elaborato dal RUP o da altro soggetto individuato in conformità al regolamento organizzativo dell'amministrazione ed è definito caso per caso sulla base delle caratteristiche specifiche della prestazione oggetto del contratto, con l'obiettivo di disciplinare *ex-ante* modalità e limiti di revisione delle condizioni economico-finanziarie poste a base del PEF e offerte in sede di gara.

5.2 La matrice dei rischi è utilizzata in fase di programmazione della procedura di gara, per la redazione del documento di fattibilità economica e finanziaria, per verificare la convenienza del ricorso al PPP rispetto ad un appalto tradizionale e per la corretta indicazione della fase procedimentale. Ai sensi dell'art. 181, comma 3, del codice dei contratti pubblici, infatti, la scelta di ricorrere a forme di PPP deve essere preceduta da adeguata istruttoria con riferimento, *inter alia*, alla natura e all'intensità dei diversi rischi presenti nell'operazione. L'analisi dei rischi conferisce, infatti, alle amministrazioni una maggiore consapevolezza delle criticità che potrebbero emergere nel corso dell'intervento e contribuisce a rafforzare il potere di contrattazione del soggetto pubblico con il partner privato.

5.3 La matrice dei rischi è posta a base di gara e utilizzata come elemento di valutazione dell'offerta. Inoltre, detto documento è utilizzato in fase di esecuzione, dal momento che - essendo in esso rappresentata la ripartizione dei rischi tra le parti, così come definitivamente fissata nei documenti contrattuali - consente un agevole controllo sul mantenimento in capo al privato dei rischi allo stesso trasferiti. 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, devono considerarsi i seguenti aspetti:

r) identificazione del rischio, ovvero l'individuazione di tutti quegli eventi, la cui responsabilità non è necessariamente imputabile alle parti, che potrebbero influire sull'affidamento nella fase di progettazione, di costruzione dell'infrastruttura o di gestione del servizio (colonna 1);

s) *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, alta, etc.) e dei costi che ne possono derivare. Detti oneri devono essere efficientati, anche attivando idonei meccanismi di incentivo. È importante definire anche il momento in cui l'evento negativo si potrebbe verificare e valutarne gli effetti (colonne 2 e 3);

t) *risk management*, ovvero individuazione dei meccanismi che permettono di minimizzare gli effetti derivanti da un evento (colonna 4);

u) allocazione del rischio al soggetto pubblico e/o privato. Nei casi in cui non si può pervenire a un'allocazione completa di un rischio in capo a una delle parti, vanno indicate nella matrice - in righe distinte - le circostanze per le quali il rischio è a carico del soggetto pubblico e quelle per cui è a carico del soggetto privato (colonne 5 e 6). Inoltre, dovrebbe essere prevista una circoscritta rinegoziazione del contratto quando le informazioni a disposizione dell'amministrazione non consentano l'idonea allocazione di alcuni rischi specifici *ex-ante* e per tutta la durata del contratto, anche al fine di evitare il rischio della interruzione/risoluzione del contratto.

v) corrispondenza tra rischio e trattamento dello stesso all'interno del contratto di PPP, effettuata mediante l'individuazione dell'articolo che disciplina lo stesso (colonna 7).

5.4 È possibile suddividere la matrice dei rischi in relazione alle diverse fasi del ciclo di vita del contratto, ripartendo, quindi, l'elenco dei rischi in relazione alla fase preliminare al bando/progettuale/di costruzione/gestione.

5.5 Specie per i progetti di maggiore complessità, le amministrazioni aggiudicatrici svolgono consultazioni preliminari di mercato ai sensi dell'art. 66 del codice dei contratti pubblici, ovvero, consultazioni con gli operatori economici invitati a presentare offerte, ai sensi dell'art. 165, comma 3, del codice dei contratti pubblici, anche al fine di acquisire i dati e le informazioni necessarie a una compiuta identificazione e valutazione dei rischi che possono caratterizzare un determinato progetto. Alternativamente, ai sensi dell'art. 181 del codice dei contratti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici verificano l'opportunità di affidare il contratto di PPP mediante la procedura del dialogo competitivo.

5.6 Le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere agli operatori economici di indicare nei rispettivi PEF le modalità di copertura o gestione dei rischi, riportandone anche i connessi costi. In tal caso, tali elementi sono oggetto di valutazione della proposta da parte delle amministrazioni.

5.7 Di seguito si riporta, a titolo esemplificativo, un modello di matrice dei rischi. Si sottolinea che i rischi specifici inseriti nella matrice dei rischi variano in funzione dell'oggetto dell'affidamento e della natura del contratto di PPP sottoscritto.

Esempio di matrice dei rischi

Tipo di rischio	Probabilità del verificarsi del rischio (valori percentuali o valori qualitativi: ad es. nulla, minima, bassa, media, alta)	Maggiori costi (variazioni percentuali /valori in euro) e/o ritardi associati al verificarsi del rischio (giorni/mesi, etc.)	Strumenti per la mitigazione del rischio	Rischio a carico del pubblico (SI/NO)	Rischio a carico del privato (SI/NO)	Articolo contratto che identifica il rischio
rischio di progettazione						
rischio di esecuzione dell'opera difforme dal progetto						
rischio di aumento del costo dei fattori produttivi o di inadeguatezza o indisponibilità di quelli previsti nel progetto						
rischio di errata valutazione dei costi e tempi di costruzione						
rischio di inadempimenti contrattuali di fornitori e subappaltatori						
rischio di inaffidabilità e inadeguatezza della tecnologia utilizzata						
rischio di contrazione della domanda di mercato						
rischio di contrazione della domanda specifica						
rischio di manutenzione straordinaria						
rischio di performance						
rischio di indisponibilità totale o parziale della struttura da mettere a disposizione e/o dei servizi da erogare						
rischio di commissionamento						

rischio amministrativo						
rischio espropri						
rischio ambientale/o archeologico						
rischio normativo-politico-regolamentare						
rischio finanziario						
rischio di insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi offerti						
rischio delle relazioni industriali						
rischio di valore residuale						
rischio di obsolescenza tecnica						
rischio di interferenze						

5.8 Attraverso la matrice dei rischi, in cui sono richiamati i singoli articoli del contratto che definiscono il soggetto e le modalità di assunzione dei rischi, l'amministrazione effettua un controllo sulle principali clausole contrattuali, verificando se le stesse siano state formulate in modo da assicurare la corretta allocazione dei rischi. Pertanto, il RUP deve procedere all'elaborazione della matrice dei rischi, richiamando nella stessa i singoli articoli del contratto che definiscono il soggetto a carico del quale è posto un determinato rischio e le modalità di assunzione dello stesso. Una volta completata la matrice dei rischi le amministrazioni verificano se l'allocazione dei rischi ivi individuata è coerente con le prescrizioni del codice dei contratti pubblici per la qualificazione giuridica del contratto come PPP (ovvero, se sono stati trasferiti all'operatore economico, oltre il rischio di costruzione, anche il rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, il rischio di domanda dei servizi resi, e per i contratti di concessione il rischio operativo), nonché con i criteri dettati da Eurostat per l'eventuale contabilizzazione dell'intervento al di fuori del bilancio pubblico.

5.9 Ai fini della verifica della permanenza in capo all'operatore economico dei rischi trasferiti allo stesso, ogniquale volta le parti concordano una variazione contrattuale o la revisione del PEF, l'amministrazione ac-

certa che tali modifiche lascino inalterata l'allocazione dei rischi così come definita nei documenti contrattuali e riportata nella matrice e che permanga, quindi, in capo all'operatore economico il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi. L'atto di modifica del contratto o di revisione del PEF dà conto della anzidetta valutazione.

La matrice dei rischi individua e analizza i rischi connessi all'intervento da realizzare ed è utilizzata – in fase di programmazione - per la redazione del documento di fattibilità economica e finanziaria e per verificare la convenienza del ricorso al PPP rispetto ad un appalto tradizionale e – in fase di esecuzione – per il monitoraggio dei rischi. Le amministrazioni aggiudicatrici devono elaborare la matrice dei rischi e richiamare nella stessa i singoli articoli del contratto che definiscono il soggetto e le modalità di assunzione dei rischi. In caso di variazioni contrattuali o revisioni del PEF le amministrazioni aggiudicatrici devono accertare che le modifiche apportate non alterino l'allocazione dei rischi così come definita nella documentazione contrattuale e riportata nella matrice medesima. L'atto di modifica del contratto o di revisione del PEF deve dare conto della anzidetta valutazione. Le amministrazioni aggiudicatrici verificano la compatibilità dell'operazione posta in essere con i criteri dettati da Eurostat per l'eventuale contabilizzazione dell'intervento al di fuori del bilancio pubblico.

6. Il flusso informativo per il monitoraggio sui rischi

6.1 Ai fini del controllo sul mantenimento in capo al privato dei rischi allo stesso trasferiti, l'amministrazione aggiudicatrice deve disporre dei dati relativi alla gestione dei lavori e dei servizi e deve monitorarne periodicamente l'andamento. A tal fine, l'amministrazione individua i dati relativi alla gestione dei lavori o dei servizi rilevanti in relazione a ciascun rischio trasferito all'operatore economico, ricomprendendo tra di essi quelli utilizzati per la definizione dell'equilibrio economico-finanziario, come indicati al precedente paragrafo 3.1, in modo da poter rilevare gli scostamenti dai valori di equilibrio. In conformità a quanto previsto alla lettera e) del paragrafo 4.4, nel contratto di PPP deve essere espressamente prevista, tra gli obblighi a carico dell'operatore economico, la trasmissione all'amministrazione aggiudicatrice di tale flusso informativo, con cadenza prefissata nella documentazione di gara, tenendo conto del valore, complessità e durata del contratto medesimo.

6.2 Per le operazioni di partenariato pubblico-privato che interessano la realizzazione di opere pubbliche, gli articoli 5 e 9 del decreto legislativo 29 dicembre 2011 n. 229 prevedono che le amministrazioni trasmettano dati anagrafici, finanziari, fisici e procedurali relativi a tali opere alla Banca dati delle Amministrazioni Pubbliche (BDAP), istituita presso il Ministero dell'economia e delle finanze, ai sensi dell'art. 13 della legge 31 dicembre 2009 n. 196. Il sistema, basato su un'applicazione web, prevede alcune funzioni di «alert» nel caso di criticità nell'impostazione e attuazione del contratto, consentendo alle amministrazioni di compiere un controllo costante sugli elementi fondanti il trasferimento dei rischi, dalla fase programmatoria alla conclusione del contratto. La BDAP, al contempo, permette la visione di insieme sui contratti di PPP – anche per le esigenze di tutela della finanza pubblica – per tutte le amministrazioni interessate al corretto utilizzo dello strumento. Il flusso informativo che le amministrazioni devono veicolare alla BDAP costituisce, di conseguenza, anche il contenuto informativo minimo della trasmissione dati che l'amministrazione deve richiedere all'operatore economico ai sensi del punto 6.1.

6.3 Per acquisire dagli operatori economici i dati di cui al punto 6.1 le amministrazioni possono prevedere l'implementazione di una piattaforma informatica condivisa tra amministrazione e operatore economico, in cui possano essere inseriti, da entrambe le parti, i dati in questione non appena se ne abbia la disponibilità. Tale piattaforma deve essere in grado di garantire l'autenticità, la sicurezza dei dati inseriti e la provenienza degli stessi dai soggetti competenti e può costituire elemento di valutazione dell'offer-

ta. In mancanza di piattaforma, i dati devono essere comunque inviati in formato elettronico ed elaborabili, con strumenti che ne garantiscano l'autenticità, ad esempio mediante il sistema di posta elettronica certificata.

L'amministrazione aggiudicatrice deve definire i dati relativi all'andamento della gestione dei lavori e dei servizi che l'operatore economico è tenuto a trasmettere con cadenza prefissata nella documentazione di gara tenendo conto del valore, complessità e durata del contratto. In tale flusso informativo sono compresi i dati utilizzati dall'amministrazione per la definizione dell'equilibrio economico-finanziario e, per le operazioni di PPP che interessano la realizzazione di opere pubbliche, anche quelli che le amministrazioni sono tenute a trasmettere, ai sensi degli articoli 5 e 9 del decreto legislativo n. 229/2011, alla Banca dati delle Amministrazioni Pubbliche (BDAP), istituita presso il Ministero dell'economia e delle finanze, ai sensi dell'art. 13 della legge n. 193/2009. Le amministrazioni aggiudicatrici definiscono, altresì, le modalità di acquisizione di tali dati da parte dell'operatore economico.

7. Resoconto economico-gestionale

7.1 Il trasferimento di rischi 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.

7.2 Al fine di monitorare che l'allocazione dei rischi permanga in virtù di una corretta gestione del contratto, l'amministrazione, per il tramite del Rup, coadiuvato dal direttore dei lavori o dal direttore dell'esecuzione, acquisisce un periodico resoconto economico-gestionale sull'esecuzione del contratto, nel quale è 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.

Le amministrazioni aggiudicatrici, per il tramite del Rup, coadiuvato dal direttore dei lavori o dal direttore dell'esecuzione, devono acquisire 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.

8. Entrata in vigore

8.1 Le presenti linee guida entrano in vigore quindici giorni dopo la pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale*.

8.2 Le disposizioni delle presenti linee guida si applicano alle procedure avviate dopo l'entrata in vigore delle stesse. I contratti già in essere alla data di entrata in vigore delle presenti linee guida si adeguano progressivamente, secondo le previsioni del piano regolatorio.

Roma, 28 marzo 2018

Il Presidente: CANTONE

Linee guida approvate dal Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 28 marzo 2018 con delibera n. 318.

Depositate presso la Segreteria del Consiglio in data 6 aprile 2018
Il Segretario: ESPOSITO

18A02777