



Autorità Nazionale Anticorruzione

Linee Guida n. ..., di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50,

recanti “Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull’attività dell’operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato”

Approvate dal Consiglio dell’Autorità con Delibera n. ..., del

Sommario

Premessa	2
Parte I - Analisi e allocazione dei rischi	3
1. Il trasferimento dei rischi all'operatore economico	3
2. Le diverse tipologie di rischio.....	3
2.1 Il Rischio operativo.....	3
2.2 Il Rischio di costruzione	3
2.3 Il Rischio di domanda	4
2.4 Il Rischio di disponibilità	4
2.5 Altri rischi.....	4
3. La matrice dei rischi	5
4. La revisione del piano economico-finanziario.....	9
Parte II – Il monitoraggio dell'attività dell'operatore economico	11
5. La corretta definizione delle clausole contrattuali.....	11
6. La matrice dei rischi come strumento di controllo	13
7. Il flusso informativo per il monitoraggio sui rischi.....	14
8. Resoconto economico-gestionale	15
9. Entrata in vigore	15

Premessa

I contratti di partenariato pubblico privato (“ PPP”), definiti all’art. 3, lett. *eee*), del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (“codice”), 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 – 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 ricomprende nel PPP, l’allocazione 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, 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 attribuisce all'A.N.AC. 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, lett. *eee*), del codice, tra i quali rientrano i contratti indicati all'art. 180, comma 8, del codice e ogni altro contratto che presenti le caratteristiche individuate dal medesimo art. 180.

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 D.lgs. n. 50/2016, 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.

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, lett. *zz*) del codice. In tale categoria di rischio rientrano, oltre che il 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, lett. *aaa*), del codice. 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, lett. *cc*), del codice. 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'allocatione in capo all'operatore economico, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità di cui al successivo punto 2.4.

2.4 Il Rischio di disponibilità è definito all'art. 3, comma 1, lett. *bbb*), del codice. 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 (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 Altri rischi

2.5.1 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 commissiamento**, ossia 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 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'articolo 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.).

2.5.2 In relazione al rischio finanziario di cui alla lett. 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.

2.5.3 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 matrice dei rischi

3.1 Al contratto di PPP o di concessione è allegata la cosiddetta “matrice dei rischi”, che rappresenta un documento di sintesi dell’analisi dei rischi connessi all’intervento. La matrice è utilizzabile, a monte dell’indizione della procedura di gara, per verificare la convenienza del ricorso al PPP rispetto ad un appalto tradizionale. Ai sensi dell’art. 181, comma 3, del codice, 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. La matrice dei rischi è utilizzabile, inoltre, a valle della procedura, dal momento che - essendo in essa 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:

- a) 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);
- 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, alta, etc.) 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*, ovvero individuazione dei meccanismi che permettono di minimizzare gli effetti derivanti da un evento (colonna 4);
- d) 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);
- 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 7).

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

3.3 Per i progetti di maggiore complessità, le amministrazioni aggiudicatrici svolgono consultazioni preliminari di mercato ai sensi dell’art. 66 del codice, ovvero, consultazioni con gli operatori economici invitati a presentare offerte, ai sensi dell’art. 165, comma 3, del codice, 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, le amministrazioni aggiudicatrici verificano l’opportunità di affidare il contratto di PPP mediante la procedura del dialogo competitivo.

3.4 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.

3.5 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)	Art. 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						

3.6 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, 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.

3.7 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;
- c) 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.

3.8 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 es. art. 18, L. n. 183/2011; art. 33, D.L. n. 179/2012; art. 11, D.L. n. 133/2014), 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'articolo 180, comma 6, del codice e per i contratti di disponibilità sul limite all'eventuale riconoscimento di un contributo in corso d'opera fissato all'art. 188, comma 1, lett. b), del codice. 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).

4. La revisione del piano economico-finanziario

4.1 L'equilibrio economico e finanziario, di cui all'art. 3, comma 1, lett. *fff*), del codice, che costituisce presupposto per la corretta allocazione dei rischi, è rappresentato dai valori di indicatori che devono essere esposti nel PEF. L'utilizzo di tali indicatori dipende dalla 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 TIR (Tasso Interno di Rendimento) di Progetto, che indica, in termini percentuali, il tasso di rendimento dei flussi di cassa associati al Progetto, così come individuato nel PEF e il VAN (Valore Attuale Netto) 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 (Valore Attuale Netto) 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 (Tasso Interno di Rendimento) 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, l'equilibrio economico-finanziario deve tendere 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 WACC (costo medio ponderato del capitale); il VAN dell'azionista/di progetto è pari a zero. 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.

4.2 Il verificarsi di fatti non riconducibili all'operatore economico e non relativi a rischi trasferiti allo stesso, che incidono sull'equilibrio del PEF, può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio. Gli scostamenti dai valori indicati dell'equilibrio economico e finanziario in considerazione dei quali l'amministrazione procede alla revisione del PEF, al fine di ristabilirne l'equilibrio, sono quelli determinati da fatti o atti non rientranti nei rischi allocati all'operatore economico e non imputabili alla responsabilità dello stesso. In ogni caso, la revisione del PEF deve procedere solo nei limiti di quanto necessario a neutralizzare gli effetti derivanti dall'evento non imputabile all'operatore economico e che ha consentito di avviare la procedura di riequilibrio. Ciò vale sia per gli indicatori di redditività, sia per quelli di sostenibilità finanziaria.

4.3 Ai sensi degli artt. 165, comma 6, e 182, comma 3, del codice, nei casi di opere di interesse statale ovvero finanziate con contributo a carico dello Stato, vi è l'obbligo della previa valutazione da

parte del Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS) sulla revisione del PEF. Negli altri casi, è facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice sottoporre la revisione alla previa valutazione del NARS.

4.4 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, imprevedibile 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 matrice dei rischi rappresenta un documento di sintesi dell'analisi dei rischi connessi all'intervento da realizzare, utilizzabile - prima dell'indizione della procedura di gara - per verificare la convenienza del ricorso al PPP rispetto ad un appalto tradizionale e - dopo l'aggiudicazione - per il monitoraggio dei rischi.

La revisione del PEF per eventi non riconducibili all'operatore economico e non relativi a rischi trasferiti allo stesso, che incidono sull'equilibrio economico e finanziario fissato nel PEF, deve procedere solo nei limiti di quanto necessario a neutralizzare gli effetti derivanti dall'evento non imputabile all'operatore economico che ha consentito di avviare la procedura di riequilibrio.

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

5. La corretta definizione delle clausole contrattuali

- 5.1 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 “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 indicatori chiave di prestazione (KPI) determinati in relazione ai contenuti e alle caratteristiche dello specifico contratto, con previsione di decurtazione automatica del canone. Il trasferimento del rischio all’operatore economico, infatti, è compromesso da previsioni contrattuali come quelle che impediscono all’amministrazione di decurtare il canone per la disponibilità dell’opera e/o per la prestazione dei servizi al di sotto di minimi garantiti (che corrispondono, generalmente, al valore periodico di restituzione del debito contratto dal privato con gli istituti finanziatori), ovvero, di annullarlo, come invece espressamente previsto nell’art. 180, comma 4, del codice. Parimenti, non sono ammissibili clausole che pongono un limite alle penali applicabili all’operatore (in modo da tagliare solo l’utile di impresa, garantendo così l’assenza di perdite).
- 5.2 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 PEF asseverato, nonché la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, e devono dare conto del preliminare coinvolgimento di uno o più istituti finanziatori nel progetto. 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 asseverato 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.

5.3 Il contratto di PPP deve riportare in allegato l'offerta aggiudicata.

5.4 Le amministrazioni aggiudicatrici devono prevedere che il contratto di PPP abbia il contenuto individuato all'art. 182, comma 2, del codice 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;
- 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'articolo 191, comma 3, del codice, 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 5.2 e 5.4, 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.

6. La matrice dei rischi come strumento di controllo

- 6.1** Attraverso la matrice dei rischi descritta al precedente paragrafo 3, nella quale 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, le amministrazioni aggiudicatrici devono 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 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.
- 6.2** Ai fini della verifica della permanenza in capo all'operatore economico dei rischi trasferiti allo stesso, ogniqualvolta le parti concordano una variazione contrattuale o la revisione del PEF, l'amministrazione è tenuta ad accertare 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 atto della anzidetta valutazione.

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 atto 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.

7. Il flusso informativo per il monitoraggio sui rischi

- 7.1** 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 4.1, in modo da poter rilevare gli scostamenti dai valori di equilibrio. In conformità a quanto previsto alla lettera e) del paragrafo 5.4, 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.
- 7.2** 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'articolo 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 7.1.
- 7.3** Per acquisire dagli operatori economici i dati di cui al punto 7.1 le amministrazioni possono prevedere l'implementazione 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 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'offerta. In mancanza di piattaforma, l'acquisizione dei dati avviene mediante il sistema di posta elettronica certificata.
- 7.4** Nel flusso informativo di cui al punto 7.1 non possono essere compresi dati che siano già in possesso dell'amministrazione. In caso di necessità di chiarimenti sui dati sintetici forniti dall'operatore economico, l'amministrazione richiederà le pertinenti illustrazioni.

L'amministrazione aggiudicatrice deve definire i dati, che non siano già in possesso della stessa, 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 artt. 5 e 9 del D.lgs. n. 229/2011, alla Banca dati delle Amministrazioni Pubbliche (BDAP), istituita presso il Ministero dell'economia e delle finanze, ai sensi dell'articolo 13 della legge n. 193/2009. Le amministrazioni aggiudicatrici definiscono, altresì, le modalità di acquisizione di tali dati da parte dell'operatore economico.

8. Resoconto economico-gestionale

- 8.1 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.
- 8.2 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.

9. Entrata in vigore

- 9.1 Le presenti linee guida entrano in vigore quindici giorni dopo la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale.