



Ministero
dell'Economia e delle Finanze
DIPARTIMENTO DELLA RAGIONERIA GENERALE DELLO STATO
ISPettorato Generale per la Contabilità e la Finanza Pubblica
UFFICIO VIII

Roma, 8 NOV. 2016

Prot. Nr. 85950
Rif. Prot. Entrata Nr. 74025
Allegati:

All' Autorità Nazionale Anticorruzione
Via M. Minghetti, 10
00187
Roma

OGGETTO: *Parere sul documento ANAC "Linee Guida- Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato" reso ai sensi dell'articolo 181, comma 4 del Decreto Legislativo 18 aprile 2016 n.50.*

Si fa riferimento al documento in oggetto trasmesso dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) con nota n.0136991 del 21 settembre 2016. Al riguardo, si rappresentano le seguenti osservazioni e le relative richieste di modifica:

Premessa

La definizione delle Linee guida sul monitoraggio del trasferimento dei rischi in capo all'operatore economico in contratti di partenariato pubblico-privato (PPP) sconta un quadro normativo recentemente mutato e non privo di incoerenze, una giurisprudenza *in fieri* e regole europee stabilite per le finalità di contabilità nazionale. In questo contesto, uno degli elementi di incertezza è il ruolo da attribuire al "rischio operativo". Le Linee guida riconducono le tre classiche tipologie di rischio (costruzione, disponibilità e domanda) al rischio operativo, facendolo assurgere a una "macro" categoria di rischio: tutti i rischi determinano nel loro insieme il rischio operativo. Si condivide appieno la rilevanza e il ruolo conferito nelle Linee guida al rischio operativo, coerentemente tra l'altro alla Direttiva UE 2014/23/2014. Andrebbe, tuttavia, chiarito che il principio del trasferimento del rischio operativo al partner privato si applica ai contratti di concessione e a tutte le forme di PPP, così come individuate dall'articolo 180, comma 8 del Codice, che si qualificano come concessioni, e non a procedure di appalto. A tal fine, sarebbe di aiuto

riprendere nelle Linee guida il considerando 18) della citata Direttiva, dove il legislatore europeo precisa che *"alcuni accordi remunerati esclusivamente dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore dovrebbero configurarsi come concessioni qualora il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore per eseguire il lavoro o fornire il servizio dipenda dall'effettiva domanda del servizio o del bene o dalla loro fornitura"*. Pertanto, la qualificazione di un contratto come concessione andrebbe verificata caso per caso e dovrebbe dipendere dal legame, all'interno del singolo contratto, tra recupero dei costi da parte dell'operatore economico ed effettiva domanda del bene/servizio. Se questo nesso esiste, si dovrebbe applicare il principio del trasferimento del rischio operativo al partner privato.

Si dovrebbe, inoltre, evidenziare - sin dalla Premessa - l'importanza della valutazione *ex ante* da parte dell'amministrazione dei rischi connessi a un contratto a lungo termine come quello di partenariato. A tal fine, si propone di modificare come segue parte del penultimo capoverso: *"...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."*

Parte I – Analisi e allocazione dei rischi

Paragrafi 2.5.1 e 3.1

Il paragrafo contiene una lista indifferenziata di rischi, aggiuntiva rispetto ai rischi generali descritti nei paragrafi precedenti. Per evitare che tale lista sia impropriamente e "opportunistamente" utilizzata, a danno della stessa amministrazione, sarebbe opportuno farla precedere da una premessa in cui si specifichi che l'elenco è, in primo luogo esemplificativo, non esaustivo, né prescrittivo, in modo da lasciare all'amministrazione la possibilità di individuare i rischi rilevanti connessi al progetto. In tal senso, sarebbe auspicabile che l'amministrazione predisponesse *ex ante* una matrice dei rischi (di cui al paragrafo 3 delle Linee guida) per valutare sia i rischi, sia la convenienza a ricorrere a forme di PPP (*value for money*) rispetto all'appalto tradizionale.

Essendo le Linee guida indirizzate alle amministrazioni, sarebbe utile raccomandare loro di dare rilevanza soprattutto a quei rischi che sono, con ragionevole certezza, a carico del partner privato e che devono essere trasferiti.

Con riferimento ai singoli rischi, si segnalano le seguenti osservazioni:

- o **lettera f): rischio finanziario.** Si ritiene opportuno distinguere il rischio finanziario in due distinte tipologie: il *rischio di finanziamento* e il *rischio finanziario*. Il primo attiene al rischio di mancato reperimento delle risorse di finanziamento (capitale di rischio o di debito) nei tempi stabiliti dal bando di gara. Il legislatore ha espressamente chiarito l'allocazione di tale rischio all'articolo 180, comma 7 del D.Lgs n. 50/2016 ("Codice"). Il secondo, invece, è relativo al rischio di un aumento dei tassi di interesse con conseguente difficoltà o incapacità dell'operatore economico di rimborsare una o più rate di finanziamento. Tale rischio risulta

normalmente disciplinato nel contratto di finanziamento (*hedging*) ed è, pertanto, da allocare a carico dell'operatore privato;

lettera g): il rischio di insolvenza potrebbe essere più chiaramente identificato come rischio di "*free riding*", da allocare al partner privato;

lettera h): il rischio delle relazioni industriali permane anche dopo la consegna dell'opera. Permane durante l'intero ciclo di vita del contratto ed è a carico dell'operatore economico;

lettera i): il rischio di valore residuale andrebbe con maggiore chiarezza collegato all'inadempimento contrattuale di mancata restituzione dell'opera, da parte dell'operatore economico, allo stato e al valore definiti dal contratto, da cui deriva il rischio a carico dello stesso.

Paragrafo 3.4: si potrebbe indicare alle amministrazioni di suddividere la matrice dei rischi per "fasi" di ciclo di vita del contratto, suddividendo dunque l'elenco dei rischi a seconda che si tratti, per esempio, della fase pre-bando/ progettuale/di costruzione/ gestione.

Paragrafi 3.7 e 3.8: si tratta di punti molto importanti del documento, in quanto individuano le modalità di verifica dell'allocazione dei rischi così come riportati in apposita matrice e le fattispecie in base alle quali l'amministrazione può considerare "non" trasferito il rischio all'operatore economico. Pertanto, tali punti dovrebbero essere opportunamente inseriti nella Parte avente carattere prescrittivo delle Linee guida (cfr. Parte II-paragrafo 6).

Paragrafo 3.9: con riferimento alle forme di finanziamento pubblico, andrebbero ricordate le misure agevolative previste a legislazione vigente (per esempio, art. 18, Legge n. 183/2011; art. 33, DL n. 179/2012; art. 11, DL 133/2014). Per quanto concerne la soglia del trenta per cento, andrebbe specificato che nel caso del contratto di disponibilità, la soglia aumenta al cinquanta per cento, ma è relativa al solo importo dei lavori di costruzione.

Paragrafo 4.1: con riferimento all'elenco degli indicatori, si suggerisce di anteporre quelli di redditività a quelli di sostenibilità finanziaria. In un contesto come quello italiano, in cui un po' più del 20 per cento dei contratti di PPP (fonte: PdCM-DIPE) specificano e utilizzano propriamente gli indicatori di equilibrio economico-finanziario, sarebbe opportuno sia riportare una sintetica definizione di ciascun indicatore, sia incoraggiare - tra gli indicatori di convenienza economica/redditività - quanto meno il ricorso al Tir Azionista e al Tir di Progetto. Essi rappresentano rispettivamente il tasso di rendimento dei flussi di cassa liberi per gli azionisti e quelli associati al progetto. Tra i due indicatori di sostenibilità finanziaria, il PEF dovrebbe contenere quantomeno il DSCR, quale indicatore della capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento. In sintesi, TIR azionista, TIR di Progetto e DSCR dovrebbero essere "obbligatorie", gli altri eventuali.

Si propone, infine, di sostituire l'ultimo periodo "In generale, il PEF è in equilibrio quando il VAN dell'azionista è pari a zero e quando il TIR è uguale al costo atteso del capitale

investito" con il seguente: *"In generale, l'equilibrio economico-finanziario deve tendere a zero. Segnatamente, il PEF è in equilibrio quando il TIR (tasso interno di rendimento) dell'azionista è uguale al costo atteso del capitale investito; il TIR (tasso interno di rendimento) di progetto è uguale al WACC (costo medio ponderato del capitale); il VAN (valore attuale netto) dell'azionista/di progetto è pari a zero"*.

Paragrafo 4.2: la revisione del PEF non necessariamente comporta un onere per il concedente posto che la stessa può essere perseguita anche mediante un aumento delle tariffe, una diminuzione degli investimenti etc. Pertanto, si propone di espungere le parole "con onere a proprio carico".

Paragrafo 4.4: Particolare attenzione va posta sull'elenco degli eventi che qualificano la "forza maggiore", essendo causa di revisione del PEF, come anche richiamato dal Manuale Eurostat (VIII edizione, marzo 2016). Si propone di eliminare la lettera g) relativa all'impossibilità di accedere a materie prime e/o servizi necessari alla realizzazione dell'intervento e di modificare la lettera d) facendo riferimento ai soli fenomeni naturali avversi "di particolare gravità ed eccezionalità".

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

Paragrafo 5.1:

Al fine di rendere un po' più chiara la seconda parte del paragrafo, e in particolare di evidenziare il principio Eurostat accolto nel Codice *"zero payments for zero availability"*, si propone di apportare le modifiche ivi segnalate in grassetto-corsivo:

*"Il trasferimento del rischio operativo al privato impone la presenza di adeguate previsioni contrattuali in tema, ad esempio, di Service Level Agreement (SLA), di sistema 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 e la conseguente decurtazione **automatica del canone**. **Pertanto il trasferimento del rischio operativo non può essere 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), ovvero di annullarlo, come previsto nell'articolo 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)."***

Paragrafo 5.4: relativamente alla lettera l) del contenuto minimo del contratto di PPP, non si comprende il riferimento, tra le modalità e i termini di adempimento da parte dell'operatore economico, alla corresponsione di canoni da parte dell'operatore

economico. Generalmente i canoni rappresentano la principale obbligazione pecuniaria dell'amministrazione.

Paragrafo 6.1: alla luce delle considerazioni esposte ai paragrafi 3.7 e 3.8 (verifica dell'allocazione dei rischi), si suggerisce di inserire tali paragrafi tra il punto 6.1 (elaborazione della matrice) e il 6.2 (permanenza del trasferimento dei rischi durante l'efficacia del contratto).

Paragrafo 7.1: in relazione al "flusso informativo per il monitoraggio dei rischi", si ritiene necessario apportare alcune modifiche e integrazioni.

In particolare, nelle Linee guida si auspica, per garantire il controllo e il monitoraggio delle operazioni di PPP, "la previsione di una piattaforma informatica condivisa tra amministrazione ed operatore economico, nella quale possano essere inseriti, da entrambe le parti, i dati in questione non appena ne abbia la diponibilità".

Al riguardo, il decreto legislativo n. 229/2011, all'articolo 9, dispone che il monitoraggio delle operazioni di PPP si attui con la trasmissione dei dati alla Banca dati delle Amministrazioni Pubbliche (BDAP) istituita presso Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della RGS ai sensi dell'articolo 13 della legge n.196/2009.

In attuazione al citato decreto legislativo e alle previsioni del Codice, il Dipartimento della RGS ha predisposto un sistema di monitoraggio delle operazioni di PPP nell'ambito della BDAP, il cui set informativo è stato definito dal gruppo di lavoro interistituzionale per la redazione e l'aggiornamento di un contratto standard per le operazioni di PPP.

Alla luce di tutto ciò, pertanto si propone di sostituire le parole da "E' auspicabile" fino a "mediante posta elettronica certificata" con i seguenti punti:

Tale flusso informativo, in conformità a quanto disposto dal decreto legislativo n. 229/2011, articoli 5 e 9, è veicolato direttamente dall'amministrazione alla Banca dati delle Amministrazioni Pubbliche (BDAP), costituita ai sensi dell'articolo 13 della legge n. 196/2009.

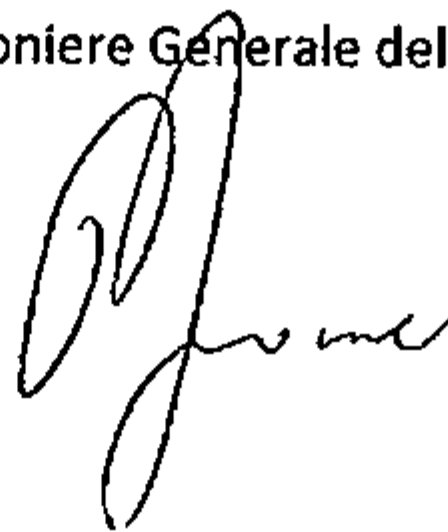
Il sistema, basato su un'applicazione web, prevedrà alcune funzioni di "alert" nel caso di criticità nell'impostazione e attuazione del contratto, consentendo alle amministrazioni di compiere un controllo costante sugli elementi fondanti il trasferimento dei rischi, dalla fase programmatica alla conclusione del contratto.

La BDAP, al contempo, permette la visione d'insieme sui contratti di PPP - ivi comprese le esigenze di tutela della finanza pubblica - per tutte le amministrazioni interessate al corretto utilizzo dello strumento.

Il contenuto del flusso informativo basato sulle presenti Linee guida - che sarà pubblicato sui siti di ANAC e MEF - Dipartimento della RGS entro il 30 novembre 2016 - costituisce di

conseguenza il contenuto informativo minimo della trasmissione dell'operatore all'amministrazione, di cui al richiamato punto 5.4 lettera e) delle presenti Linee Guida. Eventuali ulteriori esigenze informative connesse al monitoraggio dei rischi operativi, non ricomprese nel flusso informativo, possono essere richieste dall'amministrazione all'operatore economico e acquisite mediante posta elettronica certificata, al fine di garantire la massima copertura informativa e un controllo mirato ed efficace.

Il Ragioniere Generale dello Stato

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'G. Me' or similar, written in a cursive style.



Al Ragioniere Generale dello Stato

Roma,

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Luca Raffaele".

trasmetto le osservazioni del Dipartimento della RGS sul documento elaborato dall'Autorità e denominato "*Linee Guida - Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato*". Il parere è reso ai sensi dell'articolo 181, comma 4 del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e si propone di chiarire alcuni punti di particolare rilievo del documento in esame.

Le *Linee guida* dell'Autorità rappresenteranno un riferimento fondamentale per amministrazioni e operatori economici, soprattutto per i profili connessi all'allocazione dei rischi, che costituiscono un elemento cruciale e distintivo dei contratti di partenariato pubblico privato (PPP).

Il principio del trasferimento dei rischi affermato, in primo luogo, in ambito europeo (Decisione Eurostat dell'11 febbraio 2004) per finalità di contabilità nazionale e di finanza pubblica trova, per la prima volta, ampio spazio nella normativa italiana con il citato Decreto Legislativo. Tuttavia, il quadro normativo recentemente mutato non è privo di incoerenze e non si è ancora consolidata una giurisprudenza in materia.

Segnalo, in tal senso, l'importanza di una valutazione *ex ante* dei rischi da parte delle amministrazioni e il monitoraggio degli stessi durante l'intero ciclo di vita del contratto. Un indispensabile ausilio per le amministrazioni giungerà dal sistema di monitoraggio elaborato dal gruppo di lavoro interistituzionale sulla *convenzione standard di progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche in PPP*, cui i rappresentanti dell'Autorità partecipano proficuamente, confermando una ormai consolidata cooperazione sul tema.

Il sistema di monitoraggio consentirà alle amministrazioni un controllo continuo e costante sugli elementi fondanti il trasferimento dei rischi, dalla fase programmatica alla conclusione del contratto e, al contempo, permetterà un effettivo controllo del rischio di riclassificazione delle opere nei conti pubblici.

Le amministrazioni, infatti, si confrontano costantemente con questi aspetti e la piena applicazione delle *Linee Guida* potrà certamente garantirne una gestione più efficace.

*Con i più cordiali saluti,
Domenico Ferrero*

All'Autorità Nazionale Anticorruzione
c.a. Presidente
Dott. Raffaele Cantone
protocollo@pec.anticorruzione.it