

Osservazioni sullo schema di linee guida recanti: “Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull’attività dell’operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato”, adottato dall’Autorità nazionale anticorruzione.

Premesso che:

- con nota n. 20219 del 7 febbraio 2017 l’Autorità nazionale anticorruzione (di seguito: ANAC) ha trasmesso al Consiglio di Stato, al fine di acquisire il parere di competenza, lo schema di linee guida recanti “*Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull’attività dell’operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato*”, redatto in attuazione dell’art. 181, comma 4, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (di seguito: Codice), ai sensi del quale “*L’amministrazione aggiudicatrice esercita il controllo sull’attività dell’operatore economico attraverso la predisposizione ed applicazione di sistemi di monitoraggio, secondo modalità definite da linee guida adottate dall’ANAC, sentito il Ministero dell’economia e delle finanze, entro novanta giorni dall’entrata in vigore del presente codice, verificando in particolare la permanenza in capo all’operatore economico dei rischi trasferiti. L’operatore economico è tenuto a collaborare ed alimentare attivamente tali sistemi*”;
- il Consiglio di Stato (cfr. parere n. 775 del 29 marzo 2017) ha, tra l’altro, suggerito all’ANAC l’opportunità di acquisire “*il contributo di concreta esperienza che possono apportare alla materia in esame (...) le Autorità indipendenti di regolazione che nei loro settori di competenza (soprattutto con riguardo alle ricadute sotto il profilo regolatorio degli elementi di carattere economico – finanziario) hanno già maturato una significativa esperienza*”, osservando, inoltre, che sarebbe opportuno prevedere “*che la stazione appaltante debba fare riferimento a criteri e buone pratiche definite, ai fini della regolazione economico/tariffaria, da parte dei regolatori economici settoriali, laddove presenti*”;
- conseguentemente, con comunicazione prot. ART 2376/2017 del 13/4/2017, l’ANAC ha trasmesso alla scrivente Autorità di regolazione dei trasporti (di seguito: Autorità) il sopra citato schema, accompagnato da una bozza di relazione AIR, al fine di acquisire il contributo dell’Autorità “*in un’ottica di collaborazione istituzionale e tecnica su un tema comune*”.

Considerato che:

- l’Autorità ha maturato una significativa esperienza con particolare riferimento al contratto di concessione di lavori e/o di servizi, rientrante nel *genus* del partenariato pubblico privato (di seguito: PPP), ai sensi dell’art. 180, comma 8, Codice, in virtù delle proprie competenze istituzionali che riguardano, da un lato, il settore autostradale, atteso che l’art. 37, comma 2 del decreto legge, 6 dicembre 2011, n. 201 (di seguito, anche: decreto istitutivo), alla lettera g), attribuisce all’Autorità, tra l’altro, il compito di stabilire “*per le nuove concessioni sistemi tariffari dei pedaggi, basati sul metodo del price cap, con determinazione dell’indicatore di produttività X a cadenza quinquennale per ciascuna concessione; a definire gli schemi di concessione da inserire nei bandi di gara, relativi alla gestione o costruzione; a definire gli schemi dei bandi relativi alle gare cui sono tenuti i concessionari autostradali per le nuove concessioni*”; dall’altro, i servizi di trasporto in esclusiva di cui alla lettera f) del medesimo comma dell’art. 37 del decreto istitutivo, ai sensi del quale l’Autorità ha il compito di “*definire gli schemi dei bandi delle gare per l’assegnazione dei*

- servizi di trasporto in esclusiva e delle convenzioni da inserire nei capitolati delle medesime gare e a stabilire i criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici; con riferimento al trasporto ferroviario regionale, l'Autorità verifica che nei relativi bandi di gara non sussistano condizioni discriminatorie o che impediscano l'accesso al mercato a concorrenti potenziali e specificamente che la disponibilità del materiale rotabile già al momento della gara non costituisca un requisito per la partecipazione ovvero un fattore di discriminazione tra le imprese partecipanti. (...) Con riferimento al trasporto pubblico locale l'Autorità definisce anche gli schemi dei contratti di servizio per i servizi esercitati da società in house o da società con prevalente partecipazione pubblica ai sensi del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, nonché per quelli affidati direttamente. Sia per i bandi di gara che per i predetti contratti di servizio esercitati in house o affidati direttamente l'Autorità determina la tipologia di obiettivi di efficacia e di efficienza che il gestore deve rispettare, nonché gli obiettivi di equilibrio finanziario; per tutti i contratti di servizio prevede obblighi di separazione contabile tra le attività svolte in regime di servizio pubblico e le altre attività”;*
- in attuazione della normativa sopra richiamata, l'Autorità ha adottato i seguenti provvedimenti regolatori:
 - delibera n. 49/2015 del 17 giugno 2015, recante *“Misure regolatorie per la redazione dei bandi e delle convenzioni relativi alle gare per l'assegnazione in esclusiva dei servizi di trasporto pubblico locale passeggeri e definizione dei criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici e avvio di un procedimento per la definizione della metodologia per l'individuazione degli ambiti di servizio pubblico e delle modalità più efficienti di finanziamento”*, con la quale l'Autorità ha introdotto misure regolatorie relative alle procedure di gara bandite dai competenti enti territoriali (o dagli enti delegati) per l'affidamento in esclusiva dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri di cui al decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422 e al regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007, ossia svolti su strada e per ferrovia.
 - delibera n. 119/2017 del 28 settembre 2017, recante *“Conclusioni del procedimento avviato con delibera n. 83/2017. Approvazione degli elementi per la definizione dello schema di concessione e sistema tariffario di pedaggio relativi alle tratte autostradali A5 (Torino-Ivrea-Quincinetto), A4/5 (Ivrea-Santhià), Sistema Tangenziale di Torino, Diramazione Torino – Pinerolo e A21 (Torino-Alessandria-Piacenza)”*, attraverso la quale l'Autorità, oltre ad aver approvato il sistema tariffario di pedaggio, ha fissato e disciplinato gli elementi per la definizione del predetto schema di concessione, tra cui *“l'Allocazione dei rischi relativi alle fasi di progettazione e costruzione”*;
 - le concessioni autostradali sono disciplinate dall'art. 178 del Codice, mentre le concessioni concernenti i servizi di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia e altri modi di trasporto su rotaia e su strada sono escluse dall'ambito di applicazione di quest'ultimo, ai sensi degli artt. 17 e 18 che dispongono, rispettivamente, *“Le disposizioni del presente codice non si applicano agli appalti e alle concessioni di servizi: (...) concernenti i servizi di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia o metropolitana”* (art. 17, comma 1, lett. i); *“Le disposizioni del presente codice non si applicano: a) alle concessioni di servizi (...) di trasporto pubblico di passeggeri ai sensi del regolamento (CE) n. 1370/2007”* (art. 18, comma 1, lett. a);
 - l'Autorità ritiene comunque opportuno offrire il proprio contributo traendo spunto dalla concreta esperienza maturata anche in quest'ultimo settore.

Al fine di consentire all'ANAC l'assolvimento delle proprie funzioni di informazione/formazione e indirizzo evidenziate anche dal Consiglio di Stato nel citato parere, l'Autorità formula, pertanto, le seguenti osservazioni.

Osservazioni dell’Autorità sullo schema di linee guida ANAC.

Nel constatare la rilevanza del documento elaborato dall’ANAC, data l’incidenza dello stesso sulla tematica cruciale dell’allocazione dei rischi – affrontata dall’Autorità proprio in occasione dell’adozione dei provvedimenti sopra citati – si ritiene di focalizzare la riflessione sui seguenti aspetti, trattati nelle parti I e II dello schema di linee guida.

1) Trasferimento dei rischi all’operatore e diverse tipologie di rischio

Nell’apprizzare l’utilità dell’elencazione, al paragrafo 2 dello schema di Linee Guida, delle diverse tipologie di rischio, si concorda con l’opportunità, suggerita dal Consiglio di Stato, di integrare la definizione di “rischio operativo” con alcune esemplificazioni che potrebbero meglio chiarire il concetto espresso al paragrafo 2.1, nonché di fornire alle amministrazioni indirizzi quanto più precisi possibile sull’allocazione delle varie tipologie di rischio (cfr. paragrafo 2.5.3), fermo restando che nel contratto di partenariato pubblico privato il trasferimento del rischio in capo all’operatore economico *“comporta l’allocazione a quest’ultimo, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l’esterno, del rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell’opera come definiti, rispettivamente, dall’articolo 3, comma 1, lettere aaa), bbb) e ccc)”* ai sensi dell’art. 180, comma 3 dello stesso Codice.

Al riguardo, sulla base della specifica esperienza maturata da questa Autorità nel settore delle concessioni autostradali, si suggerisce di approfondire la tematica riguardante le cautele da adottare per evitare che le modalità di attribuzione di uno specifico rischio siano tali da innescare comportamenti opportunistici che potrebbero generare un livello di extra-profitti, tale da:

- a) da un lato, annullare l’effettivo trasferimento del “rischio di domanda” in capo all’operatore economico (ad esempio, con riferimento alle concessioni autostradali, si pensi all’evenienza di una sottostima dei volumi di traffico, effettuata in fase di assegnazione della concessione, che potrebbe annullare l’integrale trasferimento del “rischio traffico” in capo al concessionario, posto che tale rischio rientra nella definizione di “rischio operativo”, secondo quanto disposto dall’art. 178, comma 8, del Codice);
- b) dall’altro, interferire con l’allocazione di altri rischi, attesa la stretta relazione che viene inevitabilmente a determinarsi tra le diverse tipologie (si pensi ad esempio alla citata sottostima dei volumi di traffico che, oltre ad annullare il trasferimento del “rischio traffico”, potrebbe incidere anche sul “rischio di costruzione”, nell’ipotesi in cui la conseguente extra-redditività, realizzata a consuntivo, vada ad attenuare gli effetti del rischio legato all’aumento del costo dei fattori produttivi relativi alle opere da realizzare).

Sullo specifico tema, nel corso della citata esperienza maturata nel settore autostradale, questa Autorità, preso atto delle osservazioni formulate da alcuni *stakeholder*, secondo cui l’assunzione da parte del concessionario del “rischio traffico” e dei conseguenti effetti economici non può essere, in un contesto di gara, correlata a stime effettuate da soggetti terzi, ha previsto un meccanismo di condivisione e validazione *ex-ante* delle previsioni di traffico. In particolare, la Relazione istruttoria riferita alla delibera n. 119/2017, al paragrafo 2.1.2.2, stabilisce che il meccanismo inserito al punto 1.2 della parte II, dell’allegato A alla citata delibera, deve essere interpretato nel senso che, nell’ambito della gara, la procedura preveda:

- la pubblicazione a cura del concedente, nella documentazione di gara, con riferimento all'intero periodo concessorio, delle previsioni di traffico riferibili al livello tariffario posto a base di gara;
- l'elaborazione, sulla base dei livelli di traffico indicati dal concedente, da parte dei soggetti partecipanti alla gara, di autonome previsioni, con riferimento al medesimo orizzonte temporale;
- l'assunzione, ai fini della stipula della convenzione, delle previsioni di traffico elaborate dall'aggiudicatario della gara e validate dal concedente.

Si ritiene che l'applicazione di detto meccanismo all'affidamento della concessione tramite procedura ad evidenza pubblica sia tale da minimizzare il rischio di incongruenti stime del traffico, in quanto, da un lato, gli offerenti sono indotti a formulare stime tali da tenere più bassa possibile la tariffa offerta¹, dall'altro, il controllo del concedente, a monte (con autonome stime di traffico poste a riferimento per la gara) ed a valle (con la valutazione di congruità dell'offerta pervenuta), costituisce idoneo presidio della loro attendibilità.

Tuttavia, è verosimile ritenere che tali cautele possano non risultare sufficienti a disinnescare comportamenti opportunistici dell'operatore economico, finalizzati alla realizzazione di un extra-profitto, attesa la rilevante asimmetria informativa che normalmente connota i contratti di concessione, specie laddove esista un gestore uscente (al riguardo si veda anche *infra*).

Con riferimento al settore del trasporto pubblico locale (di seguito: TPL), si osserva che il tema della "allocazione dei rischi" e il tema del superamento delle "asimmetrie informative" rappresentano criticità rilevanti, oggetto di trattazione all'interno della citata delibera n. 49/2015.

Con specifico riferimento ai "rischi" (cfr. Misura 12 e Prospetto 3 della delibera), si evidenzia come sia la corretta individuazione, in funzione delle caratteristiche della gara, dell'oggetto e della natura contrattuale, sia la relativa ripartizione tra ente affidante e operatore economico, siano elementi fondamentali per la predisposizione da parte dell'ente affidante del PEF "simulato" (previsto dalla stessa Misura 12), imprescindibile strumento di gestione della procedura di affidamento per la definizione degli oneri a carico dello stesso ente affidante (corrispettivi pubblici da erogare, a titolo di compensazione, per gli obblighi di servizio pubblico connessi all'affidamento). In particolare, la delibera citata, nell'individuare alcuni esempi di rischi, focalizza le criticità derivanti da una corretta allocazione e ripartizione degli stessi, richiamando la necessità di formalizzare, a monte dell'affidamento, un'apposita "matrice" di riferimento, affinché, una volta espletata la gara, il PEF adottato possa consentire all'ente affidante una corretta gestione del contratto di servizio durante la sua esecuzione. In particolare, il PEF può consentire di valutare correttamente gli eventuali impatti sull'equilibrio economico-finanziario del contratto rispetto alla matrice dei rischi previamente identificata, tenendo conto esclusivamente degli effetti economici riferiti agli aspetti che non ricadono nell'alea di cui il gestore si è assunto il rischio, con conseguenti minori rischi di contenzioso e relativi costi. La valutazione/allocazione del rischio assume pertanto un ruolo chiave nel disegno di gara complessivo, rappresentando un fondamentale strumento di "flessibilità" del contratto, anche per la definizione dei possibili interventi di mitigazione/bilanciamento ammissibili, tra cui ad esempio l'aggiornamento periodico delle tariffe (cfr. Misura 19 della delibera), le clausole di revisione contrattuale o la possibilità di variare l'offerta in funzione della dinamica della domanda (Misura 20), come meglio di seguito approfondito.

¹ La tariffa offerta in sede di gara è da calcolarsi da parte dell'offerente sulla base del rapporto tra i propri costi previsti ed i volumi di traffico stimati. A parità di costi, una assunzione di volumi di traffico più elevati determina pertanto tariffe più basse, con maggiori probabilità di aggiudicazione nella procedura di gara.

Altrettanto significativo è il tema delle “asimmetrie informative”, rilevante (anche) nel settore del TPL, con specifico riferimento alle ricadute che tali carenze possono comportare proprio sul corretto processo di definizione da parte dell’ente affidante dei parametri di riferimento (tra cui gli stessi “rischi” di cui al punto precedente) alla base della documentazione da mettere a disposizione degli operatori economici partecipanti alla procedura di affidamento del servizio. In tale ambito, come già rilevato per il settore autostradale, è fuor di dubbio che la sostenibilità economica di un’offerta o di un PEF (ma anche la coerenza delle proposte tecnico-qualitative contenute nell’offerta) dipenda dall’affidabilità e accuratezza dei dati “a monte”, messi a disposizione dall’ente affidante o eventualmente in possesso dello stesso operatore economico, indipendentemente dalla soluzione contrattuale adottata, quindi anche in caso di PPP. A tale fine, la citata delibera n. 49/2015 (cfr. Misura 9 e Prospetto 1) ha rilevato l’opportunità di definire in dettaglio il contenuto del set minimo di dati e informazioni che gli enti affidanti devono porre a disposizione dei partecipanti alla procedura di affidamento, in funzione delle varie fasi previste. La possibilità di disporre (progressivamente) di tale pacchetto informativo, - come noto, maggiormente dettagliato rispetto alla disciplina definita a livello comunitario² - si ritiene presupposto irrinunciabile ai fini della riduzione delle asimmetrie informative.

Sulla tematica, più sopra citata, dei possibili comportamenti opportunistici che potrebbero generare un livello di extra-profitti, si propone altresì di valutare l’opportunità di prevedere, nelle Linee Guida, indicazioni circa l’inserimento di specifiche clausole contrattuali che, in presenza di rilevanti scostamenti che risultino esorbitanti rispetto alle “*condizioni operative normali*” (art. 3, comma 1, lettera zz, del Codice), possano disciplinare la sopra citata ipotesi di extra-redditività, prevedendo i conseguenti rimedi, come ad esempio:

- a) una variazione della durata del contratto di PPP, nell’ipotesi in cui sia dimostrato, attraverso la fase di monitoraggio, che l’operatore economico abbia conseguito più velocemente l’obiettivo di recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per eseguire il lavoro o fornire il servizio;
- b) la previsione di eventuali meccanismi di *profit sharing*, quantomeno in modo che l’operatore economico condivida gli extra-profitti con l’amministrazione aggiudicatrice o, in caso di opere “calde”, anche con gli utenti destinatari dei servizi a pagamento.

Traendo spunto dalla precedente considerazione si rileva, poi, la necessità di inserire nelle Linee Guida ulteriori e più ampie indicazioni circa il concetto e l’esatto perimetro di riferimento delle “*condizioni operative normali*” alla base della definizione di “rischio operativo”, che il Codice, al citato art. 3, comma 1, lettera zz), si limita a ricondurre all’ “*insussistenza di eventi non prevedibili*”.

Con riferimento al “rischio finanziario”, descritto al paragrafo 2.5.2, anche in linea con quanto espresso dal Consiglio di Stato, si ritiene opportuno introdurre una maggiore analiticità della definizione di “*valori di costo del capitale allineati al mercato*”. In merito, si ritiene necessario introdurre un esplicito riferimento ai criteri per la determinazione del tasso di remunerazione del capitale investito (WACC) definiti dalle Autorità di regolazione per gli specifici settori o, in subordine, un espresso richiamo alle *best practices* nazionali ed internazionali. A titolo esemplificativo, si richiama il contenuto del punto 14, parte II, dell’Allegato A alla recente delibera n. 119/2017, nell’ambito del settore autostradale, laddove l’Autorità ha provveduto a

² Cfr. Formulario standard per la notifica ai sensi dell’articolo 7, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007 da pubblicare un anno prima dell’inizio della procedura di gara o dell’aggiudicazione diretta nel Supplemento alla Gazzetta ufficiale dell’Unione europea, pubblicato in data 23 aprile 2014.

definire i criteri per la quantificazione delle variabili (endogene ed esogene) afferenti il WACC. Con riferimento a tale tema, rileva inoltre richiamare quanto disposto, per il settore del TPL, dalla delibera n. 49/2015 (cfr. fase 3 del Prospetto 2), ove il tasso di remunerazione del capitale è esplicitamente correlato al concetto di *“ragionevole (margine di) utile”*, di cui all’Allegato al regolamento (CE) n. 1370/2007. Tale connessione si basa proprio sulla corretta suddivisione dei rischi tra ente affidante e operatore, sopra trattata, ovvero sul principio che quanto più numerose sono le tipologie e l’entità del rischio che gravano sull’ente affidante, tanto meno deve essere riconosciuta la remunerazione del capitale del gestore. Peraltro, la stessa delibera specifica la possibilità per l’ente affidante di definire il *“ragionevole utile”* in misura non costante nell’arco della durata dell’affidamento, in considerazione della potenziale variazione di incidenza del rischio d’impresa nel periodo, anche in funzione del processo di progressivo recupero di efficienza da parte dell’affidatario e dei relativi riflessi che, ove/come contrattualmente previsti, possono conseguire ad esempio sui ricavi da traffico (al proposito vedasi i criteri di aggiornamento delle tariffe e dei corrispettivi definiti dalla Misura 19 della delibera sopra citata).

Relativamente alla delibera n. 119/2017, che evidentemente si riferisce ad un’opera *“calda”*, si ritiene, infine, di segnalare l’innovativa introduzione di un sistema tariffario, correlato agli introiti diretti a carico dei destinatari del servizio, in cui, attraverso la netta separazione della componente *“di costruzione”* da quella *“di gestione”*, questa Autorità ha ritenuto di assicurare un più efficace monitoraggio dei rischi ad esse connessi. In particolare tale innovativa partizione delle componenti tariffarie riguarda l’obiettivo di:

- remunerare in tariffa esclusivamente la quota di investimenti effettivamente realizzati e far gravare in modo puntuale sul concessionario i meccanismi di penalità correlati alla mancata o ritardata attuazione degli stessi investimenti (rischio di costruzione);
- rendere effettiva l’applicazione del meccanismo premi/penalità correlato ai livelli di qualità del servizio reso (rischio di disponibilità).

2) Revisione del Piano economico-finanziario

In merito al piano economico finanziario e alla sua essenziale funzione di rappresentazione dell’equilibrio economico finanziario sottostante al contratto di PPP, si ritiene di precisare, come anche evidenziato dal Consiglio di Stato, che quest’ultimo si realizza quando *“i ricavi da progetto – sia da tariffa corrisposta dall’utenza, che da canone a carico dell’amministrazione – consentono di coprire i costi di gestione e di investimento, di remunerare il capitale impiegato nell’operazione e di versare le imposte”*.

Sul tema, in via generale, si prende atto dell’affermazione contenuta nelle Linee Guida, al punto 4.1, secondo cui *“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”* Si ritiene tuttavia auspicabile una precisazione circa l’esatta corrispondenza:

- da un lato, tra le due espressioni *“TIR dell’azionista”* e *“TIR di progetto”*
- dall’altro, tra i due concetti di *“costo atteso del capitale investito”* e di WACC, atteso che il primo concetto potrebbe in astratto riferirsi anche al ROI (*Return on Investment*), ovvero al ritorno sugli investimenti mediamente conseguito dal partner privato, mentre il secondo esprime normalmente un valore riferibile a rendimenti di mercato, seppur legato, a seconda della metodologia adottata per la sua definizione, ad alcuni parametri aziendali.

Al riguardo, si suggerisce di valutare l’opportunità di superare la distinzione tra *“TIR dell’azionista”* e *“TIR di progetto”* e di adottare un’unica formulazione che contempra l’accorpamento delle diverse terminologie utilizzate.

Si ritiene inoltre di segnalare, attesa l’ampiezza delle prestazioni comprese nel contratto di PPP, la necessità di prevedere esplicite deroghe all’equiparazione fra TIR e WACC, nell’ipotesi in cui le attività poste a carico

dell'operatore economico, per la loro natura, generino un livello di investimenti ridotto e quindi tale per cui l'applicazione di un tasso di rendimento sul capitale investito non sia in grado di determinare una remunerazione sufficiente a coprire il "costo opportunità" dell'imprenditore – il cosiddetto "profitto ragionevole" –, disincentivandolo in tal modo dal partecipare all'iniziativa. A titolo esemplificativo si pensi allo schema di PEF per il settore autostradale, adottato con decreto interministeriale del Ministero dei lavori pubblici di concerto con il Ministro del tesoro e con il Ministro del bilancio e della programmazione economica, del 15 aprile 1997, nell'ambito del quale il TIR è stato differenziato in relazione alla presenza o meno di nuovi investimenti.

Per quanto concerne il settore del TPL, nel richiamare le considerazioni relative al "ragionevole utile" espresse in precedenza (v. le osservazioni in tema di *"Trasferimento dei rischi all'operatore e diverse tipologie di rischio"*), si evidenzia che anche in caso di sottoscrizione di un contratto di PPP si applicano le norme per il calcolo delle compensazioni di cui all'articolo 6, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1370/2007, in coerenza con quanto disposto dal "considerando" n. 34 dello stesso regolamento, che recita *"(...) al fine di evitare ingiustificate distorsioni della concorrenza, (le compensazioni) non possono eccedere quanto necessario per coprire i costi netti originati dall'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei ricavi generati da tali obblighi, nonché di un congruo utile"*. Tale disposizione detta pertanto le regole di equilibrio del PEF nel settore, posta peraltro alla base delle misure regolatorie del Capo III della delibera n. 49/2015 (cfr. in particolare Misure 12-15 e citato Prospetto 2).

3) La corretta definizione delle clausole contrattuali

Nella parte delle Linee Guida dedicata al monitoraggio dell'attività dell'operatore economico, ANAC introduce alcune prescrizioni circa i contenuti minimi del contratto di PPP, nonché dell'offerta correlata alla procedura di selezione del partner privato.

In proposito, si segnala l'opportunità che, per entrambe le ipotesi, nel caso di attività regolate, le Linee Guida prevedano esplicitamente che tali contenuti debbano essere integrati dalla documentazione prevista dai provvedimenti di natura regolatoria adottati dalle rispettive Autorità di settore. Per esempio, nel caso del settore autostradale, questa Autorità, nella citata delibera n. 119/2017, ha previsto l'adozione da parte dell'operatore privato, in aggiunta al PEF, di un Piano Finanziario Regolatorio³, nonché di una specifica Contabilità Regolatoria, da redigere sulla base dei prescritti obblighi di separazione contabile, al fine di consentire la verifica del rispetto dei criteri regolatori adottati.

Con particolare riferimento al settore TPL, si rileva come nella citata delibera n. 49/2015 (cfr. Prospetto 5) siano specificati gli *"elementi minimi"* che devono essere contenuti negli schemi di contratto di riferimento per gli enti affidanti, ravvisando pertanto l'opportunità che tali contenuti, già identificati, siano presi in considerazione nell'ambito della disciplina disposta dal paragrafo 5.4 dello schema di Linee Guida.

Si evidenzia altresì che la medesima delibera n. 49/2015 (cfr. punto 5 della Misura 15) ha anche disposto che, nel caso in cui l'affidamento del servizio preveda la realizzazione di significative opere infrastrutturali, il PEF del contraente sia asseverato da un istituto di credito, società di servizi all'uopo costituite o società di revisione.

³ Il Piano Finanziario Regolatorio, come previsto dal punto 2.8, parte II dell'Allegato A alla delibera n. 119/2017, è il modello di pianificazione finanziaria regolatoria unificato, che il concessionario redige in conformità allo schema adottato dall'Autorità, da allegare alla concessione e da aggiornare annualmente, e che è specificatamente finalizzato a consentire la verifica della conformità dei livelli tariffari adottati dal concessionario stesso ai criteri del sistema tariffario stabilito dall'Autorità e definito nella Convenzione.

Sempre in argomento di clausole contrattuali si concorda pienamente circa l'obbligo, contenuto nelle Linee Guida, di introdurre 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)". In tal senso si richiama, ad esempio, il contenuto delle misure riferibili alla qualità dei servizi nell'ambito del settore autostradale, contenute al punto 20, parte II, dell'Allegato A alla più volte citata delibera n. 119/2017; misure che hanno riguardato (i) l'individuazione di specifici KPI; (ii) la determinazione di premi e penalità; (iii) la diretta applicazione di tale meccanismo alle tariffe all'utenza.

Inoltre, con specifico riferimento ai servizi di trasporto passeggeri per ferrovia nazionali e locali (connotati da oneri di servizio pubblico), si ritiene opportuno richiamare le "condizioni minime di qualità" definite dallo schema di atto allegato alla delibera n. 88 del 27 giugno 2017, in attuazione del disposto di cui all'articolo 37, comma 2, lettera d), del decreto istitutivo.

4) Il flusso informativo per il monitoraggio sui rischi

Nel richiamare quanto sopra affermato a proposito del contenuto dei contratti di partenariato pubblico privato, con specifico riferimento ai settori regolati, e conseguentemente agli aspetti di competenza delle rispettive Autorità di regolazione, si ritiene utile suggerire una riflessione circa il necessario coordinamento dei flussi informativi da attivare fra l'operatore privato ed i soggetti istituzionali a vario titolo coinvolti nelle attività di monitoraggio, sia al fine di evitare aggravii amministrativi per l'operatore stesso, che nell'ottica di assicurare la tempestiva applicazione dei meccanismi di revisione tariffaria eventualmente previsti dai relativi modelli regolatori, nel caso di opere "calde". A tale proposito si richiamano nuovamente i contenuti dell'allegato A delibera n. 119/2017 per il settore autostradale, con particolare riferimento ai punti 23 e 25 della parte II, mentre per il settore TPL, si ritiene opportuno richiamare quanto specificato nella Misura 17 e nel citato Prospetto 5 (punto g) della delibera n. 49/2015, rilevando la necessità che tali flussi informativi siano da considerarsi "elementi minimi" da definire dettagliatamente all'interno del contratto di PPP, in termini di tipologia/oggetto, strumenti di rilevamento necessari, modalità, tempistiche e responsabilità di rendicontazione, al fine di garantire un adeguato monitoraggio degli adempimenti contrattuali di natura economica-finanziaria (tra cui gli investimenti), oltre che quali-quantitativa e gestionale, anche al fine di determinare l'attivazione di eventuali meccanismi di premialità/penalità, ove contrattualmente previsti.

5) Resoconto economico-gestionale

Alla luce delle predette considerazioni circa i flussi informativi, anche con riferimento alle osservazioni al riguardo espresse dal Consiglio di Stato, si rimarca la piena utilità del periodico resoconto economico-gestionale, propedeutico alla già menzionata tempestiva applicazione dei meccanismi di adeguamento tariffario con specifico riferimento ai settori regolati. Peraltro, si dovrebbe prevedere il necessario coordinamento fra il contenuto di tale resoconto e gli altri obblighi informativi di natura regolatoria, fra i quali si segnala, ad esempio, quanto previsto al punto 23 della citata delibera n. 119/2017, per il settore autostrade, nonché alla citata Misura 9 e Prospetti 2 e 5 della delibera n. 49/2015 per il settore TPL.

Le presenti osservazioni sono trasmesse all'Autorità nazionale anticorruzione.

Torino, 31 ottobre 2017

Il Presidente
Andrea Camanzi

Dichiaro che il presente documento informatico è conforme all'originale cartaceo ed è firmato digitalmente ai sensi dell'art. 21 del d.lgs. n. 82/2005.

Il Presidente
Andrea Camanzi