



D.Lgs. n.50/2016	Art. 181, comma 4
Oggetto	Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato
Scadenza prevista	19/06/2016
Pubblicazione	Delibera n.318 del 28/03/2018
Aggiornamento	-
Attuale stato	In vigore dal 5 maggio 2018



A.N.A.C.

9



A.N.A.C.

9



**NATURA
DEL PARTENARIATO
PUBBLICO PRIVATO**

PREMESSA

Ai sensi dell'articolo 180, comma 3, del codice dei contratti pubblici – è necessario che sia trasferito in capo all'operatore economico, oltre che il rischio di costruzione, anche il rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, il rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell'opera.

Per i contratti di concessione, che l'articolo 180, comma 8, del codice dei contratti pubblici ricomprende nel PPP, l'allocatione di tali rischi in capo all'operatore economico deve sostanziarsi nel trasferimento allo stesso del cd. Rischio operativo di cui all'articolo 3, comma 1, lettera zz), del codice dei contratti pubblici, cioè nella possibilità per l'operatore economico di non riuscire a recuperare, in condizioni operative normali, gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per l'operazione.



A.N.A.C.

9



ANALISI ED ALLOCAZIONE DEI RISCHI

PARTE I

2.1 Il Rischio operativo è definito all'articolo 3, comma 1, lettera zz) del codice dei contratti pubblici. In tale categoria di rischio rientrano, oltre al rischio di costruzione, anche il rischio di domanda e/o il rischio di disponibilità, nonché altri rischi specifici descritti al punto 2.5. Il rischio operativo deriva da fattori al di fuori del controllo delle parti, differenziandosi per tale aspetto da rischi come quelli legati a una cattiva gestione o a inadempimenti contrattuali da parte dell'operatore economico, che non sono determinanti ai fini della qualificazione giuridica del contratto come concessione, dal momento che sono insiti anche nei contratti di appalto pubblico.



A.N.A.C.

9



ANALISI ED ALLOCAZIONE DEI RISCHI

PARTE I

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

- a) rischio di progettazione, connesso alla sopravvenienza di necessari interventi di modifica del progetto, derivanti da errori o omissioni di progettazione, tali da incidere significativamente su tempi e costi di realizzazione dell'opera;
- b) rischio di esecuzione dell'opera difforme dal progetto, collegato al mancato rispetto degli standard di progetto;
- c) rischio di aumento del costo dei fattori produttivi o di inadeguatezza o indisponibilità di quelli previsti nel progetto;
- d) rischio di errata valutazione dei costi e tempi di costruzione;
- e) rischio di inadempimenti contrattuali di fornitori e subappaltatori;
- f) rischio di inaffidabilità e inadeguatezza della tecnologia utilizzata.



A.N.A.C.

9



ANALISI ED ALLOCAZIONE DEI RISCHI

PARTE I

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

- a) rischio di contrazione della domanda di mercato, ossia di riduzione della domanda complessiva del mercato relativa al servizio, che si riflette anche su quella dell'operatore economico;
- b) rischio di contrazione della domanda specifica, collegato all'insorgere nel mercato di riferimento di un'offerta competitiva di altri operatori che eroda parte della domanda.

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



A.N.A.C.

9



ANALISI ED ALLOCAZIONE DEI RISCHI

PARTE I

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

- a) rischio di manutenzione straordinaria, non preventivata, derivante da una progettazione o costruzione non adeguata, con conseguente aumento dei costi;
- b) rischio di *performance*, ossia il rischio che la struttura messa a disposizione o i servizi erogati non siano conformi agli indicatori chiave di prestazione (*Key Performance Indicator* - KPI) elaborati preventivamente in relazione all'oggetto e alle caratteristiche del contratto o agli *standard* tecnici e funzionali prestabiliti, con conseguente riduzione dei ricavi;
- c) rischio di indisponibilità totale o parziale della struttura da mettere a disposizione e/o dei servizi da erogare.



A.N.A.C.

9



PARTE I

ANALISI ED ALLOCAZIONE DEI RISCHI

ALTRI RISCHI

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

- a) rischio di commissionamento**
- b) rischio amministrativo**
- c) rischio espropri**
- d) rischio ambientale e/o archeologico**
- e) rischio normativo-politico-regolamentare**
- f) rischio di finanziamento**
- g) rischio finanziario**
- h) rischio di insolvenza**
- i) rischio delle relazioni industriali**
- j) rischio di valore residuale**
- k) rischio di obsolescenza tecnica**
- l) rischio di interferenze**



A.N.A.C.

9



PARTE I	
<p>ANALISI ED ALLOCAZIONE DEI RISCHI</p> <p>ALTRI RISCHI</p>	<p>2.8.2 In relazione al rischio finanziario di cui alla lettera g) che precede, le amministrazioni verificano che gli operatori economici abbiano formulato il piano economico finanziario (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.</p>



A.N.A.C.

9



LA REVISIONE DEL PIANO ECONOMICO E FINANZIARIO

PARTE I

Per ogni operazione di PPP le amministrazioni aggiudicatrici svolgono, preliminarmente, l'analisi dei rischi connessi alla costruzione e gestione dell'opera o del servizio oggetto del contratto di PPP, al fine di verificare la possibilità di trasferimento all'operatore economico, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o del rischio di domanda dei servizi resi nonché, per i contratti di concessione, del rischio operativo. Il trasferimento di tali rischi è condizione necessaria per la qualificazione giuridica del contratto come PPP e per la conseguente possibilità di applicazione delle procedure speciali previste per questo istituto.

La revisione del PEF di cui agli artt. 165, comma 6, e 182, comma 3, del codice dei contratti pubblici non può essere parziale e deve riguardare tutti gli scostamenti dai valori indicati dell'equilibrio economico e finanziario. Gli eventuali scostamenti rientranti nei rischi allocati alla parte privata sono riequilibrati con oneri e/o compensazioni a carico della stessa.



A.N.A.C.

9



**LA CORRETTA DEFINIZIONE
DELLE CLAUSOLE
CONTRATTUALI**

PARTE II

4.1 Il contratto di PPP stipulato tra l'amministrazione e l'operatore economico aggiudicatario è predisposto dal RUP e da questo proposto all'amministrazione con indicazione dello schema completo delle clausole contrattuali ritenute adeguate. Il contratto costituisce il principale strumento di garanzia per un'efficiente esecuzione del contratto, una corretta allocazione dei rischi tra le parti e per il mantenimento in capo all'operatore economico del rischio allo stesso trasferito, nonché per evitare possibili riclassificazioni finanziarie *ex post* dell'operazione di partenariato da "fuori" a "dentro" il bilancio dell'amministrazione.

A tal fine, le amministrazioni sono tenute a prestare particolare attenzione e cura nella redazione delle clausole contrattuali, affinché le stesse siano formulate in modo da assicurare il raggiungimento dei predetti obiettivi. In particolare, il trasferimento dei rischi al privato impone la presenza di adeguate previsioni contrattuali in tema di *Service Level Agreement (SLA)* e di penali basate su criteri di valutazione oggettivi e certi, mediante l'elaborazione preventiva di KPI determinati in relazione ai contenuti e alle caratteristiche dello specifico contratto o monitorati.



A.N.A.C.

9



**LA CORRETTA DEFINIZIONE
DELLE CLAUSOLE
CONTRATTUALI**

PARTE II

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

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



A.N.A.C.

9



LA MATRICE DEI RISCHI

PARTE II

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



A.N.A.C.

9



LA MATRICE DEI RISCHI

PARTE II

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



A.N.A.C.

9



LA MATRICE DEI RISCHI

PARTE II

5.3 La matrice dei rischi è posta a base di gara e utilizzata come elemento di valutazione dell'offerta. Inoltre, detto documento è utilizzato in fase di esecuzione, dal momento che - essendo in esso rappresentata la ripartizione dei rischi tra le parti, così come definitivamente fissata nei documenti contrattuali - consente un agevole controllo sul mantenimento in capo al privato dei rischi allo stesso trasferiti. Più dettagliata è la matrice, minori sono le possibilità di trascurare aspetti rilevanti nella corretta allocazione dei rischi.



A.N.A.C.

9



**IL FLUSSO INFORMATIVO
PER IL MONITORAGGIO
SUI RISCHI**

PARTE II

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



A.N.A.C.

9



**RESOCONTO
ECONOMICO-GESTIONALE**

PARTE II

7.1 Il trasferimento di rischi al privato impone la presenza di adeguate previsioni contrattuali in tema di *Service Level Agreement* (SLA), sistema di penali, decurtazione del canone. Tuttavia, perché tale assetto contrattuale possa raggiungere lo scopo di mantenere l'allocazione dei rischi in esso stabilita, è indispensabile che a tali clausole sia data tempestiva e puntuale applicazione e, quindi, che siano correttamente svolte le funzioni di direzione e di controllo tecnico, contabile e amministrativo dell'esecuzione del contratto.



A.N.A.C.

9



**RESOCONTO
ECONOMICO-GESTIONALE**

PARTE II

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



A.N.A.C.

9



**RESOCONTO
ECONOMICO-GESTIONALE**

PARTE II

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

Grazie dell'attenzione



www.vitorizzo.eu