

Edilizia e Territorio

Dossier Linee guida/5. La definizione dei rischi: così il partenariato diventa più severo

1 maggio 2018 - Roberto Mangani

Nell'indicare cosa deve essere "variabile" per il privato, l'Anac elenca di fatto errori e garanzie del recente passato, da non ripetere



In base alla definizione contenuta all'[articolo 3](#), comma 1, lettera zz) il rischio operativo sussiste nella misura in cui l'operatore privato non ha alcuna preventiva garanzia in merito all'effettivo recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti a fronte della realizzazione dell'opera o della gestione del servizio.

Le linee guida ANAC, dopo aver evidenziato che il rischio operativo dipende da fattori che sono fuori dal controllo delle parti – differenziandosi quindi dal rischio legato a una cattiva gestione – lo declina in tre diverse modalità: il rischio di costruzione, il rischio di domanda e il rischio di disponibilità. Per ognuno di essi vengono specificate le caratteristiche, la cui individuazione consente di stabilire rispetto a quale modello contrattuale di partenariato pubblico – privato gli stessi trovano spazio.

Il rischio di costruzione

Questo rischio è evidentemente legato alla realizzazione dell'opera da parte del privato e si sostanzia in primo luogo nel rischio di

progettazione, collegato cioè a modifiche progettuali che si rendono necessarie in corso d'opera e che incidono sui tempi e sui costi di realizzazione. Vi è poi il rischio di esecuzione dell'opera, derivante da una fase realizzativa che non rispetta gli standard di progetto.

Sempre nell'ambito del rischio costruttivo rientra il rischio di aumenti del costo dei fattori produttivi e, più in generale, quello legato ad una errata valutazione dei tempi e dei costi di costruzione. Significativi sono gli ultimi due rischi indicati: quello di inaffidabilità e inadeguatezza della tecnologia utilizzata e quello derivante da inadempimenti contrattuali di fornitori e subappaltatori. Entrambi – ma in particolare quest'ultimo – pongono in capo all'operatore privato tutte le conseguenze pregiudizievoli derivanti dal comportamento di soggetti terzi chiamati a collaborare alla realizzazione dell'opera, la cui gestione rientra quindi nella piena competenza del primo.

Il rischio di costruzione impone quindi una piena responsabilità dell'operatore privato che risponde in prima persona dei tempi e dei costi di realizzazione pattuiti. In questo senso le linee guida individuano **due casi in cui non si ha rischio di costruzione in capo all'operatore privato, e non si può quindi configurare un'operazione di partenariato pubblico – privato.**

La prima ipotesi è quella in cui l'ente pubblico non effettui una puntuale verifica della rispondenza dell'opera ai termini contrattuali prima di procedere alla presa in consegna della stessa e quindi provveda a corrispondere il relativo corrispettivo senza avere la certezza che l'opera è conforme a quanto pattuito. La seconda ipotesi si ha quando l'ente pubblico si obbliga a sostenere tutti i costi aggiuntivi, sgravando in questo modo l'operatore privato del rischio relativo.

Il rischio di costruzione è tipico dei modelli contrattuali in cui, al fine della successiva gestione, l'operatore privato realizza l'opera. In questo senso è un rischio tipico della concessione di lavori pubblici ma anche del contratto di disponibilità nonché del contratto di leasing in cui il finanziatore è anche il costruttore dell'opera. In questi casi, infatti, il rischio di costruzione – nelle diverse articolazioni sopra illustrate – deve sussistere in capo all'operatore privato, con la conseguenza ultima che eventuali lievitazione dei costi non devono far carico all'ente pubblico così come, nella stessa logica, una dilatazione dei tempi di realizzazione va adeguatamente penalizzata, in modo da evitare che la stessa gravi sull'ente pubblico.

Il rischio di domanda

Si tratta del rischio tipico di qualunque soggetto imprenditoriale che operi sul mercato in regime di concorrenza. Esso si articola in due sottocategorie di rischi.

Il primo viene denominato **rischio di contrazione della domanda**, che si ha quando sul mercato si manifesta, in termini generali e assoluti, una riduzione della richiesta del servizio offerto dall'operatore privato. Ad esempio, questo tipo di rischio è quello che grava sul concessionario autostradale quando si ha una generale diminuzione della richiesta di trasporto su strada, ancorché non vi sia alcun soggetto che agisce come concorrente. O ancora nell'ipotesi di gestione di un impianto sportivo, nel caso in cui la richiesta di servizi sportivi da parte dell'utenza sia in decremento. In tutte queste ipotesi la diminuzione della richiesta ha una portata generale che ha un riflesso indiretto sulle attese di ricavi dell'operatore privato.

In termini diversi si pone invece la seconda sottocategoria di rischio indicata dalle Linee guida. Si tratta del così detto **rischio di contrazione della domanda specifica**, in cui la riduzione della domanda del servizio offerto dall'operatore privato non è la mera conseguenza di una più generale restrizione del mercato, ma dipende da condizioni specifiche che investono l'attività dell'operatore medesimo. Infatti tale rischio viene collegato alla sopravvenienza di altri soggetti imprenditoriali che agiscono nello stesso settore dell'operatore privato e che sottraggono a quest'ultimo una parte del mercato. Per rimanere all'esempio fatto in precedenza si pensi all'insorgere di un nuovo gestore di un' impianto sportivo che sottrae parte dell'utenza all'operatore privato che ha dato vita all'operazione di partenariato.

Il rischio di domanda, in tutte le sue articolazioni, deve gravare sull'operatore privato. Di conseguenza **non è ammesso** – nel senso che provocherebbe la riclassificazione dell'operazione fuori dall'ambito del partenariato pubblico – privato – **che l'ente pubblico assicuri all'operatore privato un determinato livello di corrispettivo indipendentemente dalla domanda degli utenti riscontrabile sul mercato. Ma non è neanche consentito che nel piano economico – finanziario la domanda da parte dell'utenza sia sottostimata**, cosicché l'eventuale riduzione della stessa non comporti in realtà alcuna perdita effettiva per l'operatore.

A quest'ultimo proposito le Linee guida suggeriscono l'introduzione di apposite clausole contrattuali volte ad evitare ipotesi di extrareddività a vantaggio dell'operatore economico, da attivare ad esempio nell'ipotesi in cui il ritorno degli investimenti avvenga in tempi più rapidi di quelli previsti. Nella stessa logica si muove l'eventuale introduzione di meccanismi che comportino la suddivisione degli extra profitti tra operatore privato e ente pubblico qualora sia superata una determinata soglia di ricavi.

Il rischio di domanda, per la sua configurazione, può riguardare solo quei modelli contrattuali di partenariato pubblico – privato in cui gli introiti dell'operatore privato sono rappresentati, almeno in misura prevalente, dai ricavi conseguenti alla domanda del servizio da parte di una platea indistinta di utenti. Si tratta quindi della concessione di lavori relativa alle opere calde e della concessione di servizi.

Proprio con riferimento alla possibilità che a tali ricavi si aggiunga anche un contributo dell'ente pubblico le Linee guida da un lato ricordano il limite fissato dall'articolo 180, comma 6, secondo cui tale contributo non può essere superiore al 49% del costo dell'investimento. Dall'altro viene puntualizzato che il contributo pubblico, oltre che nella forma più tradizionale di finanziamento diretto, può consistere anche nell'apporto di capitale di rischio o di finanziamenti bancari.

Il rischio di disponibilità

E' il rischio tipico legato alla capacità, da parte dell'operatore privato, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia in termini di volume che di qualità.

Nell'ambito del rischio di disponibilità vengono individuate alcune tipologie. La prima si concretizza nel **rischio di manutenzione straordinaria**, nel senso che grava sull'operatore l'onere di effettuare la manutenzione straordinaria anche nell'ipotesi in cui la stessa comporti interventi più costosi di quelli preventivamente individuati, dovuti ad esempio a una progettazione e/o realizzazione dell'opera non adeguata.

Viene poi individuato il **rischio di performance**, correlato al fatto che l'opera messa a disposizione o i servizi erogati non siano conformi rispetto agli indicatori di qualità preventivamente individuati. Vi è poi il rischio di indisponibilità totale o parziale dell'opera, che è il rischio principale in quanto rende del tutto inutilizzabile l'opera per un determinato periodo di tempo o addirittura in via permanente.

Non può invece gravare sull'operatore privato il rischio correlato al mancato o ritardato rilascio di pareri, autorizzazioni, nulla osta e ogni altro atto amministrativo necessario per la costruzione e/o gestione dell'opera, con la sola eccezione in cui il ritardo sia connesso alla mancata o ritardata approvazione del progetto o delle varianti, che resta a carico dell'operatore privato.

Il rischio di disponibilità comporta quindi che l'opera deve essere messa a disposizione dell'ente pubblico secondo **standard qualitativi e parametri quantitativi predefiniti nel contratto**. Spetta all'operatore privato porre in essere tutte le attività necessarie ai fini indicati, assumendo quindi tutti i rischi sopra riassunti. Ne deriva che non può considerarsi trasferito all'operatore privato il rischio di disponibilità se non è garantito il rispetto dei suddetti parametri. Di conseguenza il trasferimento non ha luogo – con conseguente riclassificazione dell'operazione fuori del perimetro del partenariato pubblico – privato – in alcune ipotesi in cui l'ente pubblico non introduce adeguati presidi di garanzia.

Tali presidi consistono nella necessità che il pagamento dei corrispettivi sia correlato al volume e alla qualità delle prestazioni erogate e nella previsione di un sistema di penali che sia in grado di incidere in maniera significativa sui ricavi dell'operatore privato.

Infine, a salvaguardia dello spirito che deve caratterizzare il rischio di disponibilità, non è ammesso stabilire un valore del canone di disponibilità sovrastimato, come tale idoneo ad annullare l'assunzione del suddetto rischio. Il rischio di disponibilità è tipico di quelle tipologie contrattuali in cui i ricavi dell'operatore privato sono costituiti da un corrispettivo che viene erogato direttamente dall' ente pubblico. Ne sono esempi il contratto di disponibilità ma anche la concessione di lavori pubblici avente ad oggetto le così dette opere fredde.

© RIPRODUZIONE RISERVATA