
**ANALISI DEI RISCHI NELL'AMBITO DEL CONTRATTO DI
CONVENZIONE SERVIZIO SIOR -
SISTEMA INTEGRATO OSPEDALI REGIONALI**

PROF. GIOVANNI LIBERATORE
ORDINARIO DI VALUTAZIONE D'AZIENDA – UNIVERSITÀ DI FIRENZE
STUDIO: VIA BONIFACIO LUPI, 20 – 50129 FIRENZE - TEL. E FAX 055.484516
P.IVA: 04657630481 – COD FISC: LBR GNN 64T31 D612I

INDICE

1. FINALITÀ	2
2. INQUADRAMENTO DELLA NORMATIVA	2
2.1. LE DECISIONI EUROSTAT.....	2
2.2. I PRINCIPI INTERNAZIONALI IPSAS 32 E IFRIC 12.....	7
2.3. LA CONTABILIZZAZIONE PER IL CONCEDENTE.....	8
2.4. IL PARERE DELL'UNITÀ TECNICA FINANZA DI PROGETTO.	9
2.5. LE LINEE GUIDA ANAC.	10
3. ANALISI DEI RISCHI NEL SIOR.....	15
3.1. IL RISCHIO DI COSTRUZIONE.....	15
3.1.1. ANALISI QUANTITATIVA.....	16
3.1.2. ANALISI DEI RISCHI.....	18
3.1.3. ATTRIBUZIONE DEL RISCHIO DI COSTRUZIONE.....	28
3.2. RISCHIO DI DISPONIBILITÀ.....	30
3.3. RISCHIO DI DOMANDA.	32
4. CONCLUSIONI.....	33

1. FINALITÀ.

Il sottoscritto Giovanni Liberatore, professore ordinario di Valutazione d'azienda presso il Dipartimento di Scienze per l'Economia e l'Impresa di Firenze, dottore commercialista e revisore legale, con studio in Via Bonifacio Lupi, n. 20 – Firenze, in qualità di consulente del SIOR - Sistema Integrato Ospedali Regionali (di seguito "SIOR") per la valutazione degli aspetti di carattere economico-finanziario legati alla gestione e al Piano Economico Finanziario (PEF) dei Nuovi Ospedali di Prato, Pistoia, Lucca e Apuane a partire dal 2011, ha assistito il Coordinatore del Dipartimento Interaziendale SIOR, Ing. Sergio Lami, nell'analisi dei rischi nell'ambito del contratto di convenzione del SIOR relativo alla costruzione e gestione dei quattro Ospedali.

La finalità della presente relazione è quella di definire, alla luce della Convenzione stipulata nel 2007 e della normativa in materia, la corretta contabilizzazione in bilancio del project finance.

A questo scopo dapprima si è proceduto a passare in rassegna le principali fonti normative, regolamentari e interpretative - segnatamente le Decisioni Eurostat, i principi contabili internazionali IPSAS 32 e IFRIC 12 e le Linee Guida dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) - per poi giungere all'analisi e all'attribuzione dei rischi tra concedente e concessionario nell'ambito della convenzione stipulata dal SIOR e infine indicare la tipologia di contabilizzazione più idonea.

2. INQUADRAMENTO DELLA NORMATIVA.

2.1. LE DECISIONI EUROSTAT.

A livello europeo il regolamento contabile attualmente in vigore è il Reg. (UE) 549/2013, Sistema Europeo dei Conti nazionali e regionali nell'Unione europea che, per le operazioni di Partenariato Pubblico Privato (PPP), si fonda a sua volta sui principali documenti applicativi ed esplicativi di Eurostat.

La prima Decisione di Eurostat fu denominata *"New decision of Eurostat on deficit and debt - Treatment of public-private partnerships"* (2004), successivamente

aggiornata con il documento “*Manual on Government Deficit and Debt – Implementation of ESA 2010*” (2016).

Tale regolamentazione viene applicata principalmente alle operazioni dove il “principale acquirente” dei beni e servizi oggetto del contratto è lo Stato (visto anche come singola Pubblica Amministrazione – di seguito “PA” o “Concedente”) e alle opere che, rivestendo una funzione prettamente sociale, non consentono l'applicazione di tariffe atte ad assicurare al soggetto privato (di seguito anche “Concessionario”) un ragionevole ritorno sui fondi impiegati (i.e. ospedali, scuole, infrastrutture di trasporto pubblico e altro). In questo caso il soggetto privato basa la propria remunerazione principalmente sui pagamenti ricevuti da PA per la fruizione dell'opera.

Eurostat definisce i criteri di contabilizzazione raccomandando che le opere legate ai PPP, debbano:

- essere contabilizzate nello stato patrimoniale del bilancio pubblico (*on balance sheet*) quando la maggior parte dei rischi ricade sulla PA. In questo caso l'investimento complessivo sostenuto dalle Parti per la realizzazione del bene verrà riportato tra le immobilizzazioni materiali del bilancio pubblico e in corrispondenza, per la quota di pertinenza del soggetto privato, si iscrive un debito di natura finanziaria;
- essere considerate al di fuori dello stato patrimoniale del bilancio pubblico (*off balance sheet*) nel caso in cui i principali rischi vengano, sostanzialmente, trasferiti al Concessionario. In questo caso l'opera, a livello contabile, non rientrerà tra le proprietà pubbliche, e verrà iscritta interamente nel bilancio del soggetto privato, mentre nel bilancio dell'ente pubblico verranno riportati gli effetti solo a conto economico. Conseguentemente risulterà fuori del bilancio dell'ente pubblico anche la linea di finanziamento connesso all'investimento.

Più precisamente si deve procedere alla contabilizzazione *on balance* al verificarsi di queste due condizioni:

- il Concedente assume il rischio di costruzione,

- il Concedente assume almeno uno tra i rischi di disponibilità e di domanda.

Ai fini della scelta del metodo di contabilizzazione nel contratto di PPP Eurostat precisa il significato dei rischi di costruzione, disponibilità e domanda, nonché i parametri per valutarne l'attribuzione:

- Rischio di costruzione: copre gli eventi che riguardano la costruzione o la ristrutturazione dell'opera come, ad esempio, il mancato rispetto dei tempi di consegna e degli standard di progetto, l'aumento dei costi in corso d'opera, gli inconvenienti di tipo tecnico o il mancato completamento.

Quando nell'attuazione del contratto la PA è tenuta a effettuare pagamenti nei confronti del partner privato, allora la valutazione dell'allocation del rischio è molto importante. In questo caso se la PA paga il canone stabilito senza l'applicazione di nessun sistema valutativo sullo stato di efficienza dell'asset o se emette pagamenti che coprono sistematicamente e senza giustificazione ogni costo addizionale che si presenta nella ristrutturazione o costruzione dell'opera, allora il rischio è da attribuirsi al soggetto pubblico.

Se il rischio di costruzione è riferibile al soggetto pubblico si applica automaticamente la contabilizzazione "*on balance sheet*".

Rischio disponibilità: è legato alla capacità, da parte del Concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità. Affinché il rischio sia in capo al soggetto privato, i pagamenti della PA dovrebbero basarsi sul principio del *take-and-pay*, ovvero essere legati alla quantità effettiva delle unità di servizio fornite nonché alla conformità di esse agli standard concordati. Per valutare al meglio l'applicazione del principio *take-and-pay*, è opportuno che la PA definisca e utilizzi dei parametri di performance che individuino il livello del servizio offerto dal partner privato. Se il rischio di disponibilità è riferibile al soggetto pubblico, unitamente al rischio di costruzione, si applica la procedura di contabilizzazione cd. "*on balance sheet*". Viceversa, se risulta in capo al soggetto pubblico solo il rischio di disponibilità la contabilizzazione sarà "*off balance sheet*".

- Rischio domanda: è influenzato esclusivamente dalla variabilità della domanda del servizio e non dipende dalla capacità di fornire il servizio e o dalla sua qualità. La principale variabile che può influenzare questo ambito è la presenza o la possibilità di ingresso di altri operatori che possano rappresentare un'alternativa per gli utenti.

Si può ritenere che la PA sopporti questo rischio nel caso in cui si sia impegnata a garantire un determinato livello di pagamenti al privato, indipendentemente dal livello di domanda espresso dall'utente. Mentre si ritiene che il privato supporti questo tipo di rischio se cerca di attuare tutte le azioni in suo possesso, necessarie per il superamento della crisi della domanda.

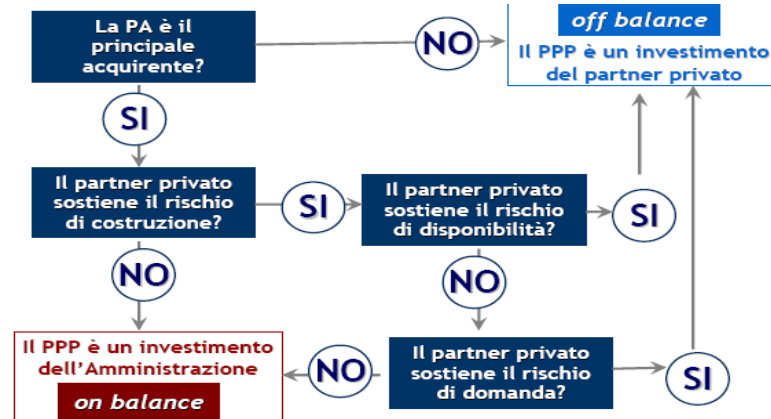
In riferimento al rischio di domanda il MGD (punto 42, cap VI.4) specifica che esso non sia facilmente trasferibile al soggetto pubblico nei contratti in cui l'utente finale non ha reali alternative di scelta, come nel caso delle opere fredde.

Se il rischio di domanda è riferibile al soggetto pubblico, unitamente al rischio di costruzione, si applica la procedura di contabilizzazione cd. "*on balance sheet*". In alternativa, se risulta in capo al soggetto pubblico solo il rischio di domanda la contabilizzazione sarà "*off balance sheet*".

Il SEC 2010 ravvisa poi altre tipologie di rischio che si possono aggiungere quali il rischio di valore residuo e il rischio di garanzie che possono essere approfonditi, oltre i tre rischi principali. Questi rischi non ricorrono però nella fattispecie esaminata e non vengono quindi trattati.

Alla luce di questi principi è possibile schematizzare il percorso che guida la contabilizzazione dell'opera nel bilancio delle PA (Figura 1).

Figura 1 - Scelta del metodo di contabilizzazione (Eurostat)



Dallo schema si deduce che:

- Se nel contratto di concessione l'allocazione dei rischi viene effettuata trasferendo al privato il rischio di costruzione e uno dei rischi di disponibilità e domanda, allora la PA può optare per la contabilizzazione *off balance*.
- Diversamente la PA dovrà contabilizzare l'opera *on balance*.

In via diversa e separatamente dal documento in esame, Eurostat ha emanato il "Manuale SEC 95 parte IV" (ottobre 2010) che indirizza verso la contabilizzazione *on balance* qualora l'effetto delle garanzie e il contributo pubblico superino il 50% del costo dell'opera sostenuto dal privato. Il punto è stato poi ripreso dal DL 50/2016, "Codice dei contratti pubblici", art. 180 comma 6, dove viene evidenziato che *"in ogni caso, l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al (quarantanove) per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari"*.

Si tratta di un criterio presuntivo che non si riferisce specificatamente alle opere fredde, l'oggetto precipuo della Decisione Eurostat in oggetto, e che quindi, a nostro avviso, può essere applicato solo se, dopo aver tentato di effettuare la disamina puntuale dei rischi del contratto, non si è addivenuti ad un orientamento conclusivo.

2.2. I PRINCIPI INTERNAZIONALI IPSAS 32 E IFRIC 12.

Sotto il profilo contabile le operazioni di PPP sono regolate da due principi internazionali emessi a partire dal 2010:

- *IFRIC 12 - Accordi per servizi in concessione* che rappresenta la prima guida specifica per il trattamento contabile delle concessioni nei bilanci privati;
- *IPSAS 32 - Accordi per servizi in concessione: Concedente* che fornisce le regole per la parte Concedente.

I due documenti possono essere applicati alle operazioni di *project financing*, purché alla base ci siano accordi vincolanti tra un'entità del settore privato (Concessionario - *operator*) e un'entità del settore pubblico (Concedente - *grantor*). In questi accordi il Concessionario eroga servizi pubblici per conto del Concedente ed in cambio riceve un corrispettivo per il periodo di durata della concessione. Non rientrano, invece, nell'ambito di applicazione di questi principi gli accordi che non hanno ad oggetto i servizi pubblici o quelli nei quali il Concedente non ha alcuna forma di regolamentazione dell'attività.

Oltre ai requisiti precedentemente elencati, per poter parlare di accordi per servizi in concessione stipulati tra due entità, essi devono possedere ulteriori condizioni:

- il Concedente controlla o regola quali servizi devono essere forniti, a chi vanno forniti e a quale prezzo;
- il Concedente controlla – tramite proprietà o altro modo – l'interessenza residua nell'attività alla scadenza dell'accordo. Il controllo dell'interessenza permette al Concedente di assicurarsi che il Concessionario non venda o impegni l'attività anche se possiede un diritto continuativo di utilizzo per tutto il periodo dell'accordo.

Se entrambe queste condizioni sono rispettate il Concessionario costruisce e gestisce l'attività per conto del Concedente e per questo motivo non possiede nessun titolo per iscrivere tale bene nel proprio bilancio.

2.3. LA CONTABILIZZAZIONE PER IL CONCEDENTE.

Esaminiamo dapprima il caso in cui il Concedente controlla i servizi offerti dal Concessionario e possiede una interessenza residua. In questa fattispecie il Concedente riclassificherà l'attività come propria, iscrivendola nella forma prevista dai principi generali che sono l'IPSAS 17 per gli immobili, impianti e i macchinari e l'IPSAS 31 per le attività immateriali.

I principi IPSAS stabiliscono che le attività che vengono date in concessione, rispettando le condizioni del controllo e dell'interessenza, vengono valutate generalmente al *fair value*. Nel caso in cui queste attività rientrino già nella proprietà del Concedente, allora, sono riclassificate come attività in concessione e vengono rivalutate solo nel caso in cui l'accordo comporti una miglioria dell'attività stessa.

In contropartita dovrà essere contabilizzata una passività finanziaria (IPSAS 29), le cui caratteristiche dipenderanno dalla modalità con cui il Concedente deciderà di remunerare il Concessionario, ovvero:

- Secondo il modello della "passività finanziaria" in caso siano effettuati dei pagamenti;
- Secondo il "modello del conferimento di un diritto" se, in luogo del pagamento, si concede un diritto a realizzare proventi da terzi ovvero una autorizzazione a svolgere altre attività generatrici di proventi.

Secondo il "modello della passività finanziaria", una passività viene rilevata nel caso in cui il Concedente abbia un'obbligazione incondizionata a corrispondere al Concessionario disponibilità liquide o altre attività finanziarie per la costruzione, lo sviluppo, l'acquisizione o la miglioria di una attività. L'obbligazione incondizionata del Concedente può verificarsi nel caso di corresponsione al Concessionario di pagamenti specificati o determinabili, o nel caso di erogazione della differenza tra quanto il Concessionario riceve dagli utenti e gli importi determinabili decisi dalla PA sulla base di requisiti di qualità ed efficienza.

In questo caso il Concedente ridurrà il debito finanziario con importi pari ai pagamenti effettuati al Concessionario al netto degli oneri finanziari e degli oneri

per i servizi forniti dal Concessionario. Nel caso in cui tali componenti non siano oggettivamente determinabili, il principio prevede la possibilità di ricorrere a stime.

Il “modello del conferimento di un diritto” si applica nel caso in cui non esista l'obbligazione incondizionata a corrispondere un pagamento al Concessionario, bensì si conferisca ad esso il diritto di percepire proventi da utenti esterni o da un'altra attività fruttifera. In questo caso l'importo della passività contabilizzata dal Concedente sarà pari alla parte non realizzata dei proventi derivanti dallo scambio di attività tra Concedente e Concessionario.

Infine, vista la complessità e la particolarità dell'operazione, il Concedente deve porre particolare attenzione al tipo di informativa da inserire all'interno delle note del bilancio. Secondo quanto previsto dall'IPSAS 32, il Concedente per la durata della concessione deve indicare queste informazioni:

- La descrizione dell'accordo;
- Le condizioni dell'accordo, evidenziando l'importo, la tempistica e le garanzie sui flussi finanziari lungo il periodo della concessione;
- La natura e la portata dei diritti e obblighi:
 - diritti ad usare determinate attività;
 - diritto a ricevere la fornitura di determinati servizi;
 - diritti a ricevere specifiche immobilizzazioni alla scadenza dell'accordo;
 - l'obbligo di fornire al Concessionario l'accesso alle strutture relative ai servizi in concessione o ad altre strutture generatrici di proventi;
 - altri diritti e obbligazioni e tutte le modifiche ai precedenti intervenute durante l'esercizio della concessione.

2.4. IL PARERE DELL'UNITÀ TECNICA FINANZA DI PROGETTO.

Sul tema dei rischi nell'ambito dei PPP si è espressa anche l'Unità Tecnica Finanza di Progetto (*I possibili schemi di Partenariato Pubblico Privato*, Audizione CIPE del 2007), illustrando i contenuti della Decisione Eurostat 2004. Riportiamo

sinteticamente alcuni spunti di approfondimento rispetto a quanto già descritto in precedenza:

- il rischio di costruzione deve essere analizzato in funzione del rispetto dei tempi di consegna dell'opera, del costo preventivato e degli standard progettuali. Per il rispetto degli standard progettuali va guardata la coerenza con i progetti preliminare, definitivo ed esecutivo. L'assunzione del rischio di costruzione da parte del privato comporta che l'Amministrazione non sopporti extra-costi, extra-time ed extra-situazione progettuale; l'unica deroga ammessa è rappresentata, almeno in via generale, dalla causa di forza maggiore che, de facto, è assunta dalla PA.
- il rischio disponibilità è legato alla capacità dell'operatore di far funzionare l'infrastruttura correttamente in modo da garantirsi la remunerazione. L'assunzione di tale rischio da parte del partner privato si ha quando la parte pubblica vincola i pagamenti alla performance contrattuale, applicando delle decurtazioni del canone per casi di difformità o difetti di servizio e ciò diversamente da quanto accade nei contratti di leasing finanziario.
- il rischio di domanda è legato a fattori esterni che non dipendono dalla bontà del servizio prestato, quanto piuttosto dalle condizioni di mercato. Qualora i volumi siano invece garantiti dalla PA, il rischio non può dirsi adeguatamente trasferito.

2.5. LE LINEE GUIDA ANAC.

Recentemente si espressa sul tema dei rischi nell'ambito dei PPP anche l'ANAC con la pubblicazione delle Linee Guida n. 9 *"Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato"* approvate in data 28 marzo 2018 e redatte in attuazione dell'articolo 181, comma 4, del già citato Codice dei contratti pubblici. In tale documento è stato previsto che ANAC, sentito il Ministero dell'economia e delle finanze, adotti le linee guida per definire le modalità con le quali le amministrazioni

aggiudicatrici, attraverso la predisposizione e applicazione di sistemi di monitoraggio, esercitano il controllo sull'attività dell'operatore economico affidatario di un contratto di PPP, verificando in particolare la permanenza in capo allo stesso dei rischi trasferiti.

Le Linee Guida ANAC riprendono quanto già indicato in precedenza da Eurostat, richiamando il codice dei contratti pubblici per alcune definizioni, illustrando le caratteristiche dei rischi e introducendo la categoria degli "altri rischi".

Per ogni operazione di PPP la PA deve svolgere preliminarmente l'analisi dei rischi di costruzione e gestione dell'opera o del servizio oggetto del contratto, al fine di verificare la possibilità di trasferimento dei rischi all'operatore privato. I rischi citati sono quelli di costruzione, disponibilità e domanda, nonché, per i contratti di concessione, il rischio operativo. Il trasferimento di tali rischi è condizione necessaria per la qualificazione giuridica del contratto come PPP e per la conseguente applicazione delle procedure speciali previste per questo istituto.

Per l'approfondimento del rischio di costruzione ANAC richiama l'articolo 3, comma 1, lettera *aaa*), del Codice dei contratti pubblici, dove come parametri esplicativi si distinguono, seppur non a titolo esaustivo, i seguenti fattori:

- 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 indisponibilità di quelli previsti nel progetto;
- d) rischio di la 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.

Per capire se i rischi sono stati effettivamente trasferiti al soggetto privato è possibile desumere alcuni parametri di riferimento, una sorta di check-list di

presunzioni di assunzione di responsabilità. Sia a dire che se la PA non ha svolto queste attività o non prevede di svolgerle, il rischio va desunto come a suo carico.

In merito al rischio di costruzione ci sono due parametri che, a nostro avviso, possono interpretarsi come presunzioni assolute:

- La PA si obbliga a corrispondere all'operatore economico le somme stabilite dal contratto senza la verifica preventiva delle condizioni in cui l'opera è consegnata;
- l'Amministrazione si impegna a sopportare sistematicamente ogni eventuale costo aggiuntivo indipendentemente dalla relativa causa.

Va ricordato che, secondo Eurostat, questo principio vale anche per la fase relativa all'utilizzo del bene, quando la PA paga il canone stabilito senza l'applicazione di nessun sistema valutativo sullo stato di efficienza dell'asset ossia emette pagamenti che coprono sistematicamente e senza giustificazione ogni costo addizionale che si presenta per la ristrutturazione.

In molti frangenti è tuttavia immaginabile che la situazione presenti elementi di frazionamento del rischio. A questo titolo si possono leggere le raccomandazioni di ANAC a inserire nel contratto una disciplina su una serie di aspetti rilevanti quali:

- il tempo di esecuzione della progettazione;
- il tempo di esecuzione dei lavori;
- 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;
- l'indicazione delle caratteristiche funzionali, impiantistiche, tecniche e architettoniche dell'opera;
- le eventuali varianti al progetto posto a base di gara;
- la quota di lavori che il concorrente intende affidare a terzi;
- le procedure di collaudo e di verifica di conformità;
- 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;

- 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 dei contratti pubblici.

Per il rischio di disponibilità ANAC richiama l'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 (*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.

Per il rischio di domanda ANAC richiama l'articolo 3, comma 1, lettera *ccc*), del codice dei contratti pubblici, dove si dice che esso non è da collegare univocamente alla qualità delle prestazioni erogate quanto piuttosto al "rischio economico" sopportato da ogni operatore in un'economia di mercato.

In tale categoria generale di rischio si distinguono i seguenti rischi specifici¹:

- 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;

¹ Il tema dei rischi specifici ovvero l'uso di liste di controllo per l'attribuzione dei rischi è trattato analogamente ad ANAC anche dall'*European PPP Expertise Center* in due documenti: "Risk distribution balance sheet treatment – Practical Guide" (2014); "A Guide to the statistical treatment of PPPs" (2016).

b) rischio di contrazione della domanda specifica, collegato all'insorgere nel mercato di riferimento di un'offerta concorrenziale che erode parte della domanda.

Il rischio di domanda non è assunto dal partner privato nelle situazioni in cui l'utenza non ha 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.

In sintesi, nelle Linee Guida viene illustrato 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 correlato al volume e alla qualità delle prestazioni erogate o il contratto non preveda un sistema automatico di penali in grado di incidere significativamente sui ricavi e profitti dell'operatore economico o il valore del canone di disponibilità risulti ampiamente sovrastimato rispetto al valore dei servizi;

c) il rischio di domanda, laddove la PA 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. Il rischio di domanda è altresì annullato quando negli atti di programmazione o nel piano economico e finanziario la domanda finale è sottostimata e, quindi, le fluttuazioni della domanda effettiva non determinano mai una reale possibilità di incorrere in perdite.

Nelle Linee Guida viene fatto riferimento anche ai cosiddetti "altri rischi", la cui analisi può essere interessante per comprendere cosa non è compreso nei tre livelli

principali di rischio (costruzione, domanda, disponibilità). Tra questi sono compresi il rischio ambientale e/o archeologico, ossia il rischio legato alle condizioni del terreno, compresa la bonifica per contaminazioni del suolo, e il rischio di ritrovamenti archeologici, con conseguenti ritardi nella realizzazione dell'opera e incremento dei costi di tutela.

3. ANALISI DEI RISCHI NEL SIOR.

Alla luce della normativa e delle linee interpretative fin qui esposte si procede adesso ad analizzare i rischi e la loro allocazione tra Concedente e Concessionario nell'ambito dell'operazione di *project finance* del SIOR relativa alla costruzione e gestione di Quattro Ospedali della Toscana.

3.1. IL RISCHIO DI COSTRUZIONE.

Come illustrato in precedenza, il rischio di costruzione riguarda eventi connessi alla fase progettuale e di realizzazione dell'infrastruttura quali, ad esempio, la ritardata consegna, il mancato rispetto di standard predeterminati, i costi aggiuntivi di importo rilevante, le deficienze tecniche, le esternalità negative compreso il rischio ambientale.

L'assunzione del rischio da parte del privato implica che non siano ammessi pagamenti pubblici non correlati alle condizioni prestabilite per la costruzione dell'opera. L'eventualità che il soggetto pubblico corrisponda quanto stabilito nel contratto indipendentemente dalla verifica dello stato di avanzamento effettivo della realizzazione dell'infrastruttura o ripiani ogni costo aggiuntivo emerso, qualsiasi ne sia la causa, comporta, invece, l'assunzione del rischio costruzione da parte del soggetto pubblico.

Per comprendere la corretta attribuzione del rischio di costruzione tra Concedente e Concessionario si è deciso di inquadrare la nostra fattispecie anzitutto determinando la quota di investimento coperta dalla PA, per poi passare all'analisi puntuale dei parametri di attribuzione del rischio in funzione di quanto disposto

dalla Convenzione siglata dalle parti (2007) e il comportamento effettivamente tenuto dalla PA.

3.1.1. ANALISI QUANTITATIVA.

In base a quanto precedentemente ricordato vi è una presunzione relativa stabilita da Eurostat, e poi ripresa dal Codice dei contratti pubblici, in base alla quale se il contributo pubblico supera il 50% dell'investimento complessivo, il rischio di costruzione è a suo carico. Come detto tale presunzione vale in assenza di un attento del comportamento adottato dal Concedente durante la costruzione, questo anche perché nelle opere fredde e quindi negli Ospedali, il contributo del Concedente è per definizione più elevato rispetto alle opere calde, dove i ricavi commerciali prospettici permettono al privato di recuperare integralmente i costi dell'investimento nell'arco della vita della concessione.

Per la misurazione del costo di costruzione si sono richiesti al SIOR i dati inerenti alle spese sostenute a partire dalla fase progettuale e fino al collaudo dell'opera. I dati sono stati trasmessi dal SIOR nel periodo settembre – dicembre 2019.

I costi legati alla costruzione delle Ospedali riguardano le seguenti voci di spesa:

- Lavori in concessione;
- Oneri di sicurezza su lavori in concessione;
- Oneri aggiuntivi in concessione;
- Altri oneri aggiuntivi lavori;
- Allacciamenti;
- Oneri per DL, progettazione e L.494 /96;
- Costi associati operazione Project financing;
- Oneri finanziari su Project Financing;
- IVA su investimento;
- Commissione di collaudo;

Non sono state considerate le spese sostenute per l'arredamento degli Ospedali, in quanto esulano dalla fase di costruzione.

Con riferimento ai dati patrimoniali, il SIOR ha individuato per ciascun Ospedale la quota pubblica, inserita nel “patrimonio”, e la quota privata, inserita nei “conti d’ordine”, relativa al costo di costruzione degli ospedali. Da questi dati emerge che il contributo pubblico rappresenta il 61,5% del costo complessivo.

Tavola 1 – Incidenza della quota pubblica sul costo di costruzione.

	LUCCA	APUANE	PRATO	PISTOIA	MEDIA
Valori in Bilancio (€)	128.390.625	131.977.234	145.140.236	117.222.785	
<i>di cui Patrimonio = quota pubblica</i>	<i>79.119.244</i>	<i>84.354.632</i>	<i>88.500.424</i>	<i>69.501.731</i>	
<i>di cui Conti d'ordine = quota privata</i>	<i>49.271.381</i>	<i>47.622.602</i>	<i>56.639.813</i>	<i>47.721.055</i>	
Incidenza quota pubblica	61,6%	63,9%	61,0%	59,3%	61,5%

Nella quota pubblica si sono compresi anche i maggiori oneri sostenuti per la costruzione degli Ospedali riguardanti la variante iniziale (conseguente alle integrazioni introdotte con l’approvazione nel progetto esecutivo per adeguarlo alle nuove esigenze intervenute rispetto al progetto definitivo, quindi approvate prima dell’inizio dei lavori) e le varianti in corso d’opera (ordinate dalle quattro ASL in conseguenti a necessità sopravvenute).

Non sono state invece considerate le riserve iscritte dal Concessionario durante l’esecuzione delle opere. Esse infatti sono state inizialmente di importo molto rilevante, ma di attribuzione assai dubbia, e basti pensare a quanto avvenuto nel caso delle Asl di Prato e Pistoia dove le riserve ammontavano a € 15.427.931,71, rispettivamente per € 10.456.864,03 a Prato e € 4.971.067,68 a Pistoia, e sono state poi riconosciute per un importo complessivo di € 3.317.971,17, rispettivamente € 1.621.419,78 ed € 1.696.551,39.

Tavola 2 – Importo delle riserve per Prato e Pistoia.

	Riserve iscritte dal Concessionario	Importo riconosciuto dal Concedente
Prato	10.456.864,03	1.621.419,78
Pistoia	4.971.067,68	1.696.551,39
Totale	15.427.931,71	3.317.971,17

Prendendo in considerazione anche gli importi di queste riserve l’incidenza della quota pubblica scenderebbe al 60%. In ogni caso si tratta di una incidenza superiore alla soglia del 50% ma, in considerazione del fatto che tale soglia è stata definita genericamente e che nella fattispecie stiamo trattando un’opera fredda, è più che

ragionevole ritenere che solo attraverso una puntuale analisi dei rischi sia possibile effettuare una corretta attribuzione del rischio di costruzione.

Tavola 3 – Incidenza della quota pubblica sul costo di costruzione, comprensiva delle riserve riconosciute per Prato e Pistoia.

	LUCCA	APUANE	PRATO	PISTOIA	MEDIA
Valori di Bilancio rettificati (€)	128.390.625	131.977.234	155.597.100	122.193.853	
<i>Quota pubblica</i>	79.119.244	84.354.632	90.121.843	71.198.282	
<i>Quota privata</i>	49.271.381	47.622.602	65.475.257	50.995.571	
Incidenza quota pubblica	61,6%	63,9%	57,9%	58,3%	60,4%

3.1.2. ANALISI DEI RISCHI.

Occorre anzitutto effettuare l'analisi dei rischi alla luce della normativa vigente alla stipula della Convenzione, per poi vedere se e come l'attribuzione del rischio possa mutare in funzione della regolamentazione intervenuta successivamente.

Alla luce della normativa vigente alla stipula della Convenzione

La Convenzione del SIOR è stata sottoscritta in data 14 novembre 2007, separatamente da ciascuna Azienda U.S.L. (Prato, Pistoia, Lucca, Apuane), esclusivamente per comodità di firma, fermo restando l'unicità del rapporto concessorio, tanto che l'atto è integrato da un unico Piano Economico-Finanziario.

Le norme a cui si fa riferimento nella Convenzione sono le seguenti:

- Legge 109 del 11 febbraio 1994 e ss.mm.ii;
- Regolamento dei Lavori Pubblici di cui al DPR. N. 554 del 21 dicembre 1999;
- Capitolato Generale di Appalto di cui al D.M 145 /2000.

Con riferimento alla suddivisione dei rischi, la normativa vigente all'epoca della stipula della Convenzione era la Decisione Eurostat dell'11 febbraio 2004.

Dalla lettura del citato documento, quando si parla di assunzione dei rischi, con particolare riferimento al rischio di progetto ed al conseguente rischio di costruzione, non si fa riferimento al rapporto tra il prezzo corrisposto dal Concedente, previsto in Convenzione, e l'onere sostenuto dal Concessionario; al contrario si pone l'accento sulla vera natura del rischio che non risiede su quanto pattuito a monte stabilendo un prezzo fisso ed invariabile, ma, soprattutto, sui futuri

eventi che riguardano possibili errori progettuali e i probabili accadimenti onerosi, sempre presenti in corso di costruzione, che devono essere sicuramente assunti dal Concessionario.

Nello specifico, come abbiamo visto anche in precedenza, viene affermato che:

- Il rischio di costruzione riguarda eventi connessi alla fase progettuale e di realizzazione dell'infrastruttura quali, ad esempio, ritardata consegna, mancato rispetto di standard predeterminati, costi aggiuntivi di importo rilevante, deficienze tecniche, esternalità negative, compreso il rischio ambientale;
- L'assunzione del rischio da parte del privato implica che non siano ammessi pagamenti pubblici non correlati alle condizioni prestabilite per la costruzione dell'opera;
- L'eventualità che il soggetto pubblico corrisponda quanto stabilito nel contratto indipendentemente dalla verifica dello stato di avanzamento effettivo della realizzazione dell'infrastruttura o ripiani ogni costo aggiuntivo emerso, quale ne sia la causa, comporta, invece, l'assunzione del rischio costruzione da parte del soggetto pubblico.

Ai fini dell'analisi è utile quindi individuare quali sono i fattori indicativi del rischio di costruzione desumibili dalla Convenzione, oltre che acquisire i rischi che il Concessionario ha riversato al Costruttore attraverso il contratto di appalto.

Nella fattispecie, il SIOR con Delibera n. 24 del 19.12.2005 ha approvato l'offerta-proposta presentata dal Raggruppamento Temporaneo di Imprese (RTI), costituito da Astaldi S.p.A. (mandataria), Impresa Pizzarotti & C. S.p.A. e Techint – Compagnia Tecnica Internazionale S.p.A. prevedendo un contributo pubblico di € 289.600.000,00 compresa IVA 10% di cui € 11.949.970,00 a disposizione del Concedente per l'acquisizione delle aree ed € 277.650.030,00 Iva 10% compresa.

Con Delibera del SIOR n. 38 del 25.09.2007, il Promotore su indicato è stato dichiarato aggiudicatario della concessione di costruzione e gestione dei Nuovi Ospedali.

In particolare, il Concedente ha affidato in concessione:

- a) La progettazione definitiva ed esecutiva dell'Opera da redigere ai sensi dell'art. 16 della Legge, nonché degli art. 25 e ss. e 35 e ss. del Regolamento in conformità al Progetto Preliminare;
- b) La costruzione e la manutenzione ordinaria e straordinaria dell'Opera in conformità al Progetto Esecutivo;
- c) La fornitura e l'installazione degli arredi fissi, come definiti nel Progetto Preliminare;
- d) La gestione, in esclusiva, dei Servizi non sanitari e dei Servizi commerciali per tutta la durata della concessione in conformità al Capitolato di Gestione, prevista quindi su 22 anni e 9 mesi dalla sottoscrizione della Convenzione di cui 3 anni e 5 mesi per la progettazione, costruzione e collaudo, 19 anni per la gestione, e 4 mesi per le operazioni da parte del Concedente della messa in esercizio delle attività ospedaliere.

Dalla lettura della Convenzione risulta che al Concessionario sono stati imposti degli obblighi specifici per la costruzione, sin dalla fase di progettazione e fino alla conclusione dell'opera. Al Concessionario è stato affidato il ruolo di "Responsabile dei Lavori" ai fini della sicurezza e di nomina del "Direttore dei Lavori" per il controllo delle varie fasi di costruzione effettuate a suo rischio dalla ditta affidataria. Oltre a ciò, dagli atti in possesso del SIOR si evince che il rischio di costruzione assunto dal Concessionario con la stipula della Convenzione è stato trasferito al Costruttore con la sottoscrizione del "contratto di affidamento dei lavori".

Di seguito si riportano gli estratti di alcuni articoli della Convenzione dai quali è dunque possibile evincere il livello delle responsabilità trasmesse al Concessionario.

Articolo 6 – Progettazione

"Il Concessionario dovrà redigere a propria cura e spese, il progetto Definitivo ed il progetto esecutivo di tutti i lavori oggetto della Concessione. Il progetto Definitivo ed il progetto Esecutivo sono stati predisposti nel rispetto del Progetto Preliminare e di tutte le normative vigenti in materia, tenuto conto di eventuali prescrizioni e indicazioni fornite dal Concedente, e dei suggerimenti proposti dal Concessionario.

Il Concessionario sarà tenuto ad adeguarsi alle modifiche di dettaglio e/o di innovazioni migliorative che non determinino una alterazione sostanziale del progetto Preliminare e non comportino aumento dei costi e/o della tempistica di realizzazione dell'Opera e/o dei costi di gestione.

Qualora le richieste del Concedente comportassero una variante progettuale tale da determinare modifiche sostanziali del Progetto Preliminare e/o, in ogni caso, un aumento dei costi e/o della tempistica di realizzazione dell'opera e/o un incremento dei costi di gestione in misura tale da alterare le condizioni di EEF, tali richieste diverranno operanti e vincolanti per il Concessionario una volta che sia stata concordata una revisione della Concessione.

Resta inteso che il Concessionario sarà obbligato ad eseguire tutte le modifiche necessarie per consentire l'accreditamento. Le conseguenze economiche di tali modifiche saranno a carico del Concessionario ove tali modifiche siano riconducibili all'applicazione della normativa vigente alla data di applicazione del Progetto Preliminare. Negli altri casi il Concessionario avrà diritto alla revisione ai sensi dell'art. 30 sempre che le modifiche richieste non siano riconducibili ad errori del progetto preliminare e siano tali da alterare le condizioni di EEF."

Articolo 7 – Tempi di consegna della progettazione

[...] "Sulla base del progetto Definitivo redatto dal Concessionario il Concedente provvederà a promuovere apposita Conferenza di Servizi per l'acquisizione di permessi, autorizzazioni, nulla osta e per l'eventuale modifica degli strumenti urbanistici necessari per la realizzazione dell'Opera, fermo restando l'obbligo del Concessionario di introdurre tutte le modifiche necessarie per ottenere le autorizzazioni di legge di sua competenza. Eventuali modifiche ed integrazioni necessarie per ottenere le autorizzazioni di legge saranno a carico del Concessionario in relazione alle autorizzazioni di sua competenza ed ogni qual volta il mancato rilascio di autorizzazioni dipenda da errori ed omissioni del Concessionario stesso o comunque sia allo stesso imputabile. Negli altri casi, fermo restando l'obbligo del Concessionario di compiere quanto di sua competenza per ottenere le autorizzazioni e approvazioni di legge, ove per effetto delle modifiche introdotte dovessero aumentare i costi dell'opera ed i tempi di realizzazione in misura tale da alterare l'EEF, il Concessionario avrà diritto alla revisione ai sensi del successivo art. 30.

[...] Ai sensi dell'86 lettera m), del Regolamento il Concessionario ha l'obbligo di acquisire tutte le approvazioni necessarie, oltre a quelle già ottenute in sede di approvazione del Progetto, salvo quelle di competenza del Concedente.

[...] Eventuali modifiche, integrazioni e prescrizioni riconducibili ad errori del Progetto Definitivo saranno a carico del Concessionario."

Articolo 8 - Varianti in corso d'opera

"Varianti in corso d'opera potranno essere richieste al Concessionario dal Concedente per mezzo del Responsabile del Procedimento, di cui al successivo art. 9, o proposte autonomamente dal Concessionario e autorizzate dal Concedente tramite il Responsabile del Procedimento, nel rispetto delle vigenti disposizioni di legge e regolamentari applicabili alla Convenzione.

Gli oneri relativi alle varianti in corso d'opera, solo ove esse siano autorizzate dal Concedente e non siano imputabili ad inadempimenti del Concessionario, qualora comportino una modifica dei tempi e/o dei costi di realizzazione dell'Opera, e/o abbiano effetti sulla successiva gestione, tali da alterare l'EEF, saranno a carico del Concedente, il quale dovrà previamente provvedere a ristabilire l'Equilibrio economico-finanziario della Concessione, secondo le modalità previste dall'art. 30. La Valutazione dei contenuti economici di ciascuna variante in corso d'opera verrà effettuata in base all'apposito elenco prezzi unitari allegato al Progetto Esecutivo approvato dal Concedente ed in caso di nuovi prezzi non previsti dal predetto elenco prezzi in base ai vigenti tariffari della Regione Toscana.

Gli eventuali maggiori tempi di esecuzione dell'Opera, rispetto al Cronoprogramma delle fasi attuative generati dall'introduzione di varianti in corso d'opera comporteranno la proroga del termine di ultimazione dei lavori e, ove dovessero comportare una modifica dell'EEF determineranno, in capo al Concedente, l'obbligo della revisione della Concessione, secondo le modalità previste dall'art. 30.

Tutti gli oneri relativi a varianti determinate da errori od omissioni imputabili al Concessionario in fase di progettazione o esecuzione resteranno ad esclusivo carico del Concessionario medesimo.

Articolo 9 – Responsabile del Procedimento ed Alta Vigilanza

[...] "Il Concessionario dovrà eseguire immediatamente le modifiche al Progetto Esecutivo richieste dal Responsabile del Procedimento sentita l'Alta Vigilanza, sempre che non rivestano particolare importanza, abbiano carattere migliorativo e non si configurino come innovazioni che importino una alterazione sostanziale del Progetto Preliminare e/o del Progetto Definitivo ed in ogni caso, un aumento dei costi dei lavori, e/o dei tempi di realizzazione e/o dei costi di gestione, tali da avere impatto sull'EEF.

Le modifiche che, invece, non abbiano le caratteristiche indicate al precedente comma saranno sottoposte alla disciplina prevista per le varianti."

Articolo 10 – Responsabile dei lavori e Direttore dei Lavori

"Il Concessionario assume la qualifica di Responsabile dei lavori così come stabilito dalla Direttiva CEE 92/57 del 24 giugno 1992 e, in particolare, dall'art. 2 del D.lgs. 494/96.

Al Responsabile dei lavori sono conferite tutte le funzioni, con il rispetto dei relativi obblighi, previste dall'art. 3 e seguenti del D.lgs. 494/96 s.m.i.

Il Direttore dei Lavori sarà nominato dal Concessionario, che si farà carico dei relativi oneri e sarà tenuto a concordare con il Concedente, prima dell'inizio dei lavori, il nominativo dell'Ingegnere o dell'Architetto iscritto all'Albo professionale incaricato di tale compito."

Articolo 11 – Direttore Sanitario di presidio e Commissione di Valutazione.

"Al direttore sanitario del presidio ospedaliero competono tutte le funzioni e responsabilità allo stesso espressamente demandate dalla Legge Regionale Toscana 24 febbraio 2005, n. 40 e dal decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502".

Il direttore sanitario di presidio:

- a) vigila sulla corretta gestione dei Servizi;*
- b) vigila sull'erogazione dei Servizi non sanitari affinché il Concessionario garantisca il conseguimento del livello di qualità e di gradimento dell'utenza conformemente agli standard stabiliti nel Capitolato di Gestione;*
- c) dispone la rimozione dei disservizi che incidono sulla qualità, dei Servizi non sanitari;*
- d) vigila sulla continuità dell'erogazione dei Servizi non sanitari;*
- e) effettua la sorveglianza igienica sui Servizi sanitari e non sanitari.*

Il direttore sanitario del presidio ospedaliero, in relazione all'attività di sua competenza, è responsabile ai sensi del D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165; resta, in ogni caso, salva la completa responsabilità in capo al Concessionario della perfetta gestione dei Servizi nonché della scrupolosa osservanza degli standard definiti nel Capitolato di Gestione.

Verrà, inoltre, istituita una Commissione di Valutazione permanente; con funzione di controllare, quadrimestralmente, la conformità dei servizi al Capitolato di Gestione e la corretta applicazione delle penali da parte del direttore sanitario [...]."

Articolo 13 - Bonifica delle aree

[...] "Il Concessionario provvederà, a sua cura e spese, alla bonifica delle aree interessate dalla presenza di ordigni bellici.

Qualora emergessero inquinamenti, il Concessionario dovrà procedere alla bonifica e messa in sicurezza di tutte le aree contaminate, provvedendo anche allo smaltimento dei materiali inquinanti, nel puntuale rispetto della normativa vigente e secondo le prescrizioni che saranno impartite dalle autorità competenti alle quali in Concessionario dovrà tempestivamente segnalare l'evento. Tale evento darà luogo ad una proroga automatica del termine di ultimazione dei lavori per una durata pari a quella dell'interruzione o della sospensione degli stessi necessaria per compiere le operazioni di bonifica. Ove i suddetti eventi dovessero comportare una modifica di EEF, si dovrà procedere alla revisione della Concessione, secondo le modalità previste dall'art. 30."

Articolo 14 - Indagini archeologiche

[...] Il Concessionario provvederà, a sua cura e spese, all'esecuzione delle indagini archeologiche preliminari al fine di verificare la presenza di reperti archeologici all'interno delle aree. Il Concessionario dovrà eseguire le indagini sotto l'eventuale supervisione delle Soprintendenze competenti e con il personale dotato di idonea professionalità riconosciuta.

Articolo 23 - Pagamento del Prezzo

"Ai sensi dell'art. 37 quinquies, comma 1 ter, della Legge, il Prezzo, verrà corrisposto sulla base dei SAL emessi secondo il Cronoprogramma dei pagamenti allegato alla Convenzione.

I pagamenti effettuati dal Concedente: non potranno complessivamente superare l'importo indicato nel precedente art. 22.

I SAL presentati dal Concessionario saranno per intero coperti dai pagamenti effettuati dal Concedente utilizzando i contributi pubblici ex art. 20 legge 67/88 fino al loro completo utilizzo. Una volta esauriti i predetti contributi, i SAL saranno pagati dal Concedente nella misura del 75%. Il saldo sarà corrisposto nei termini previsti dall'art. 28 della Legge.

I SAL saranno redatti dal Direttore dei lavori e controfirmati dal Responsabile del Procedimento sentita l'Alta Vigilanza rispettivamente entro il termine di 15 e 30 giorni dalla fine del mese al quale il SAL si riferisce ed inoltrati al Responsabile del Procedimento che autorizzerà il pagamento, che sarà effettuato entro 45 giorni dalla data di ricevimento.

Qualora l'erogazione delle somme dovute a titolo di Prezzo non sia effettuata dal Concedente entro il predetto termine di 45 giorni, spetteranno al Concessionario gli interessi legali sulle somme dovute" [...].

*

Sono inoltre riportati gli art. 25, 26, 27, del contratto di affidamento dei lavori da parte del Concessionario al Costruttore riguardanti il trasferimento dei rischi di costruzione assunti dallo stesso Concessionario con la stipula della Convenzione (trattasi del contratto per la realizzazione dell'ospedale di Pistoia, tuttavia, salvo il costo i contenuti sono identici anche per gli altri ospedali):

Articolo 25 - Esecuzione in danno

1. Qualora il Costruttore si rifiuti di provvedere alla demolizione/rifacimento dei Lavori non correttamente eseguiti e/o all'esecuzione di Lavori mancanti, dopo che sia inutilmente decorso un termine di 15 giorni dal momento in cui la Concessionaria ha chiesto per iscritto al Costruttore di adempiere, la Concessionaria ha facoltà di procedere all'esecuzione in danno dei Lavori con spese e oneri a carico del Costruttore.

25.2. La Concessionaria ha facoltà di compensare tale credito nei confronti del Costruttore con il debito per il pagamento del Corrispettivo o rivalendosi sulla garanzia di buona esecuzione.

Articolo 26 - Bonifica delle Aree

26.1. Qualora, in corso d'opera, emergessero inquinamenti, il Costruttore, in accordo con la Concessionaria in ordine alla tipologia d'intervento ritenuto più opportuno e alle tempistiche necessarie, dovrà procedere alla bonifica e messa in sicurezza di tutte le aree contaminate, provvedendo allo smaltimento dei materiali inquinanti nel puntuale rispetto della normativa vigente e secondo le prescrizioni che saranno impartite dalle Autorità competenti alle quali il Costruttore, tramite la Concessionaria, avrà tempestivamente segnalato l'evento.

Il Costruttore dovrà riferire alla Concessionaria con relazioni periodiche, lo svolgimento di tutte le operazioni di bonifica e fino all'avvenuto completamento delle stesse.

26.2. Tale evento darà luogo alla stessa proroga del Termine di ultimazione riconosciuta dalle Concedenti alla Concessionaria per il tempo corrispondente alle attività di bonifica necessarie.

26.3. Il Costruttore, inoltre, dovrà procedere, a propria cura e spese, alla bonifica da ordigni esplosivi e residuati bellici delle Aree interessate dai Lavori.

Prima di dar corso all'inizio delle opere di bonifica il Costruttore, tramite la Concessionaria, dovrà darne comunicazione all'Autorità Militare ed alla Direzione Lavori sottoponendo un piano di bonifica che dia conto di una ragionevole stima dei tempi e dei costi necessari per rimuovere gli eventuali ordigni bellici.

26.4. Il Costruttore dovrà esibire alla Direzione Lavori i certificati di collaudo e le attestazioni relative all'avvenuto puntuale adempimento degli obblighi di cui trattasi dopo averli richiesti all'Autorità Militare competente, il tutto a propria cura e spese.

26.5. Qualora, nonostante la massima diligenza del Costruttore volta a minimizzare i ritardi, le attività di bonifica di cui al presente articolo comportino dei ritardi rispetto al Cronoprogramma, si darà luogo ad una proroga del Termine di Ultimazione ove tale proroga sia riconosciuta dalla Concedente alla Concessionaria per il tempo corrispondente alle attività di bonifica.

26.6. Eventuali maggiori costi per le attività di bonifica di cui al presente articolo 26 verranno riconosciuti nella misura in cui saranno riconosciuti dal Concedente alla Concessionaria in sede di revisione del Piano Economico- Finanziario.

Articolo 27 -- Ritrovamenti archeologici.

27.1. Qualora nel corso dei Lavori dovessero venire alla luce reperti archeologici, il Costruttore sarà obbligato a sospendere i Lavori e a darne immediata comunicazione al Concessionario ed al Direttore dei Lavori. I lavori verranno ripresi solo a seguito di ordine scritto del Direttore Lavori controfirmato dal Responsabile del Procedimento sentita l'Alta Vigilanza e su espressa autorizzazione, ove occorra, della competente Soprintendenza.

27.2. Il Costruttore dovrà ridurre al minimo i ritardi connessi al ritrovamento dei reperti archeologici. A tal fine, si impegna a cooperare con le Autorità competenti per la

individuazione, in accordo con il Direttore Lavori, delle soluzioni più adeguate di intervento, nonché a redigere un piano per la rimozione dei reperti da sottoporre, tramite la Concessionaria, al Concedente per l'approvazione e modifica del Cronoprogramma per adeguarlo alle nuove tempistiche.

27.3. Qualora, nonostante la massima diligenza del Costruttore volta a minimizzare i ritardi, le attività di rimozione dei reperti archeologici comportino dei ritardi rispetto al Cronoprogramma si darà luogo ad una proroga del Termine di Ultimazione ove tale proroga sia riconosciuta dalle Concedenti alla Concessionaria per il tempo corrispondente alle attività di rimozione, salvo l'obbligo di quest'ultima di adoperarsi al meglio perché il Concedente addivenga ad una giusta concessione di proroga.

27.4. Eventuali maggiori costi verranno riconosciuti al Costruttore se e nella misura in cui saranno riconosciuti dalle Concedenti alla Concessionaria in sede di revisione del Piano Economico- Finanziario.

27.5. Qualora a causa della importanza e della estensione dei ritrovamenti archeologici e della conseguente sospensione dei Lavori il Concedente o la Concessionaria si fossero avvalsi della facoltà di recedere dalla Convenzione, la Concessionaria potrà recedere dal Contratto con le conseguenze di cui all'art. 39.5. Il Costruttore dovrà riconsegnare le Aree libere da materiali e macchinari e nelle condizioni di fatto in cui si trovano.

27.6 Salvo i diritti spettanti alle Concedenti, ai sensi della disciplina di cui al D.lgs. n. 421 2004, lo Stato è proprietario degli oggetti di interesse storico, archeologico, artistico, scientifico, o soggetti, comunque, alle norme del Decreto citato, che possono essere rinvenuti durante l'esecuzione dei lavori.

Il Costruttore si obbliga ad inserire nei contratti d'appalto aventi ad oggetto l'esecuzione dei Lavori la previsione che, nel caso di ritrovamento di oggetti di valore di interesse storico, artistico ed archeologico, venga data immediata comunicazione all'Alta Vigilanza e vengano sospesi i lavori nel luogo del ritrovamento, adottando le opportune disposizioni per garantire l'integrità, la custodia e la conservazione degli oggetti ritrovati.

Approfondimenti pubblicati dopo la stipula della Convenzione

Come visto al paragrafo 1, in tempi recenti sono stati pubblicati alcuni approfondimenti sul tema dell'allocazione dei rischi nei contratti di PPP, utili soprattutto per individuare le tipologie di assunzioni di responsabilità relative al rischio di costruzione.

Di particolare rilievo sono le Linee Guida dell'ANAC, che se applicate a questa fattispecie evidenziano come, nella Convenzione stipulata nel 2007, i principali rischi connessi all'attività di costruzione siano stati posti in capo al Concessionario. Ciò è desumibile anche dall'operato tenuto dal Concedente fin dall'avvio della Convezione, come testimoniato gli atti aggiuntivi emanati e sottoscritti dalle Parti.

Di seguito si riportano gli estremi degli atti aggiuntivi e delle perizie sulle varianti, e l'importo dei lavori, suddivisi per i Quattro Ospedali (Tavola 4).

Si specifica inoltre che con il primo atto aggiuntivo il Concedente ha preso atto dell'aumento di costi di costruzione relativamente alle varianti introdotte nel progetto esecutivo, a seguito della verifica effettuata sul progetto definitivo da parte dei Dirigenti sanitari e tecnici. Si tratta quindi di una variante eseguita sul progetto, manifestatasi prima dell'avvio dei lavori, che ha un'incidenza del 13% sull'importo contrattualmente previsto.

Tali opere sono state contrattualizzate ed eseguite con prezzi unitari concordati con il Concedente, comprensivi degli oneri per la sicurezza, delle spese generali e degli utili di impresa, e delle spese tecniche. Si rileva che le opere complementari sostenute per Lucca non devono essere considerate nel costo di costruzione, in quanto si configurano come un contratto separato per la realizzazione di opere che seppure attinenti all'uso dell'ospedale sono estranee al contratto principale.

Con riferimento alla categoria degli "altri rischi" definiti dalla Linee Guida ANAC si evidenzia che nella fattispecie il Concedente si è assunto, almeno in parte, gli extra costi dovuti alla bonifica imprevista dei terreni, ma questa variabile non è associabile all'assunzione del rischio di costruzione, quanto ad una diversa categoria di rischio che non è però di rilievo per la scelta tra *on balance* e *off balance*.

Ospedale di Prato

- 1° atto aggiuntivo: del 26.05.2010 registrato all'Agenzia delle Entrate di Prato in data 14.06.2010 al n. 5028
- 2° atto aggiuntivo: del 28.07.2012, registrato all'Agenzia delle Entrate di Pistoia, atti privati, in data 08.08.2012 al n. 4612
- 1° perizia di variante in c.d.o.: Approvata con Deliberazione del Direttore Generale n. 887 del 11.10.2012
- 1° atto di sottomissione: sottoscritto in data 26.03.2013
- 2° perizia di variante in c.d.o.: Approvata con Deliberazione del Direttore Generale n. 746 del 24.07.2013

- 2° atto di sottomissione: sottoscritto in data 07.02.2014

Ospedale di Pistoia

- 1° atto aggiuntivo: del 26.05.2010 registrato al rep. Aziendale AUSL Sal n.14 il 26.05.2010
- 2° atto aggiuntivo: del 28.07.2012 registrato all'Agenzia delle Entrate, U.T. di Pistoia, "Atti privati il 08.08.2012 al n. 4612
- 1° perizia di variante in c.d.o.: Approvata con Deliberazione del Commissario n. 361 del 07.08.2012
- 1° atto di sottomissione: sottoscritto in data 28.05.2013
- 2° perizia di variante in c.d.o.: Approvata con Deliberazione del Direttore Generale n. 168 del 12.04.2013
- 2° atto di sottomissione: sottoscritto in data 09.07.2014

Ospedale di Lucca

- 1° atto aggiuntivo: del 26.05.2010 registrato all'Agenzia delle Entrate di Lucca in data 10.06.2010 al n. 3154
- 2° atto aggiuntivo: del 28.07.2012, registrato all'Agenzia delle Entrate di Pistoia, atti privati, in data 08.08.2012 al n. 4612
- 3° atto aggiuntivo: del 28.07.2012, registrato all'Agenzia delle Entrate di Pistoia, in data 11.02.2015 al n. 3
- 1° perizia di variante in c.d.o.: Approvata con Deliberazione del Direttore Generale n. 451/2012
- 1° atto di sottomissione: sottoscritto in data 29.04.2013
- 2° perizia di variante in c.d.o.: Approvata con Deliberazione del Direttore Generale n. 228/2013
- 2° atto di sottomissione: del 06.02.2014 registrato all'Agenzia delle Entrate di Lucca in data 24.02.2014 al n. 1299
- 1° perizia opere complementari: approvazione Direttore Generale n. 617/2013

- 3° Atto di sottomissione: del 28.11.2014 registrato all'Agenzia delle Entrate di Lucca in data 04.12.2014 al n. 4173

Ospedale di Apuane

- 1° atto aggiuntivo: del 11.06.2010 registrato all'Agenzia delle Entrate di Pistoia in data 08.06.2010 al n. 1992
- 2° atto aggiuntivo: del 30.07.2012, registrato all'Agenzia delle Entrate di Pistoia, atti privati, in data 08.08.2012 al n. 4612
- 3° atto aggiuntivo: del 03.02.2015, registrato all'Agenzia delle Entrate di Pistoia, in data 11.02.2015 al n. 3
- 1° perizia di variante in c.d.o.: Approvata con Deliberazione del Direttore Generale n. 108/2015
- 1° atto di sottomissione: sottoscritto in data 12.03.2015

Tavola 4 – Importo dei lavori in base agli atti stipulati.

	LUCCA	APUANE	PRATO	PISTOIA	TOTALE
Importo contrattuale	77.412.314	71.385.868	88.954.143	75.544.677	313.297.001
Importo 1° atto aggiuntivo	10.667.756	12.132.417	12.588.443	6.603.685	41.992.302
Importo 1° perizia di variante	6.014.547	4.422.285	3.705.242	4.212.125	18.354.199
Importo 2° perizia di variante	2.079.120	0	931.033	409.383	3.419.536
Importo complessivo (lavori)	96.173.736	87.940.570	106.178.861	86.769.870	377.063.038
Allacciamenti	1.000.000	1.350.000	1.838.000	1.189.860	5.377.860
Totale lavori + allacciamenti	97.173.736	89.290.570	108.016.861	87.959.730	382.440.898
Importo 1° Perizia Opere complementari	651.542	0	0	0	651.542

3.1.3. Attribuzione del rischio di costruzione.

Alla luce di quanto indicato in precedenza emerge che:

- in base alla delibera del Sior n. 38/2007, il Concedente ha affidato in concessione al Concessionario: a) la progettazione definitiva ed esecutiva dell'Opera; b) la costruzione e la manutenzione ordinaria e straordinaria dell'Opera in conformità al Progetto Esecutivo; c) la fornitura e l'installazione degli arredi fissi, come definiti nel Progetto Preliminare; d) la gestione, in esclusiva, dei Servizi non sanitari e dei Servizi commerciali per tutta la durata della concessione in

conformità al Capitolato di Gestione. In sintesi risulta che al Concessionario sono stati imposti degli obblighi specifici per la costruzione, sin dalla fase di progettazione e fino alla conclusione dell'opera. Al Concessionario è stato affidato il ruolo di "Responsabile dei Lavori" ai fini della sicurezza, inoltre lo stesso Concessionario ha dovuto nominare a suo carico il "Direttore dei Lavori" per il controllo delle varie fasi di costruzione effettuate a suo rischio dalla ditta affidataria. Oltre a ciò, dagli atti in possesso del SIOR si evince che il rischio di costruzione assunto dal Concessionario con la stipula della Convenzione è stato trasferito al Costruttore con la sottoscrizione del "contratto di affidamento dei lavori";

- In base agli approfondimenti delle Linee guida dell'ANAC risulta che il SIOR nell'ambito della Convenzione stipulata nel 2007 ha espressamente formalizzato che l'attività di costruzione e il relativo rischio erano in capo al Concessionario, ciò è desumibile anche dall'operato tenuto dal Concedente fin dall'avvio della Convenzione, come testimoniano gli atti aggiuntivi emanati e sottoscritti dalle Parti. Si specifica che con l'atto aggiuntivo n. 1, il Concedente ha preso atto dell'aumento di costi di costruzione relativamente alle varianti introdotte nel progetto esecutivo, a seguito della verifica effettuata sul progetto definitivo da parte dei Dirigenti sanitari e tecnici, quindi prima dell'inizio dei lavori.
- Le opere di costruzione sono state contrattualizzate ed eseguite con prezzi unitari concordati con il Concedente ed accettati dal Concessionario; prezzi comprensivi degli oneri per la sicurezza, delle spese generali e degli utili di impresa, e delle spese tecniche, ciò dimostra che il SIOR ha sempre effettuato un monitoraggio periodico dell'andamento dei lavori, richiedendo al gestore o comunque ottenendo tutte le informazioni rilevanti, scongiurando il tema dell'automatismo dei pagamenti e della connessa presunzione di assunzione di rischio.
- Con riferimento alla categoria degli "altri rischi" definiti dalla Linee Guida ANAC si evidenzia che nella fattispecie il Concedente si è assunto, almeno in parte, gli extra costi dovuti alla bonifica imprevista dei terreni, ma questa variabile non è

associabile all'assunzione del rischio di costruzione, quanto ad una diversa categoria di rischio che non viene però considerata nella scelta tra contabilizzazione dentro o fuori bilancio.

In sintesi, vi sono contenuti contrattuali concordanti e sufficienti per poter desumere come il rischio di costruzione sia stato effettivamente assunto dal Concessionario fin dalla stipula della Convenzione.

3.2. Rischio di disponibilità.

Come esposto in precedenza, il rischio disponibilità attiene alla fase operativa ed è connesso ad una scadente o insufficiente gestione dell'opera pubblica e di come, a seguito di ciò, vi possa essere una riduzione del canone corrisposto al Concessionario proprio in virtù del fatto che la qualità dei servizi erogati è stata inferiore a quanto previsto nell'accordo contrattuale.

Tale rischio si può dunque ritenere assunto dal Concessionario se i pagamenti pubblici sono correlati all'effettivo ottenimento del servizio reso - così come pattuito nel disposto contrattuale - e il Concedente ha il diritto di ridurre i propri pagamenti, nel caso in cui i parametri prestabiliti di prestazione (sia per quanto riguarda la disponibilità dell'infrastruttura, sia per quanto riguarda i servizi erogati) non siano stati rispettati.

La previsione di pagamenti costanti, indipendentemente dal volume e dalla qualità di servizi erogati, implica, viceversa, un'assunzione del rischio disponibilità da parte del Concedente.

Nel caso di realizzazione di Ospedali, Uffici pubblici, Tribunali, Istituti penitenziari, etc., ad uso esclusivo della PA, in cui al privato che progetta, realizza e gestisce l'infrastruttura viene corrisposto un canone per la disponibilità in piena efficienza della struttura stessa e per la gestione dei servizi correlati (ordinaria e straordinaria manutenzione, guardiana, gestione delle reti, gestione archivi, pulizia, gestione parcheggio, etc.), il rischio di disponibilità si può considerare trasferito al Concessionario qualora contrattualmente sia prevista l'applicazione automatica di

penali che incidono sul canone corrisposto dal soggetto pubblico sia nel caso di indisponibilità completa o parziale della struttura, sia di erogazione di servizi non corrispondenti agli standard contrattuali.

Nel SIOR il sistema dell'applicazione delle penali è stato opportunamente tracciato, così come risulta dall'allegato al terzo atto aggiuntivo sottoscritto dalle Parti (All. 1) e dallo scambio di comunicazioni intercorse (All. 2).

Nello specifico, si evidenzia come sia stato espressamente congegnato un modello di rilevazione e controllo dei servizi previsti dal Capitolato Tecnico Prestazionale. Nel documento allegato al terzo atto aggiuntivo, per ogni servizio, è stato mappato il processo, sono state individuate le possibili cause di disservizio ed è stata strutturata una griglia di obiettivi e specifiche di accettabilità, al fine di standardizzare il controllo e guidare gli operatori coinvolti.

Dall'esito di tale controllo vengono automaticamente calcolate le penali e i relativi importi da applicare al Concessionario, attraverso un sistema di pesi e valori soglia.

Di seguito si illustra il percorso di applicazione delle penali così come tracciato per ogni voce di servizio del Capitolato (ove applicabile):

- Numerosità di inadempienze: l'applicazione delle penali può essere preceduta da un richiamo "verbale" o "scritto";
- Tempo di ripristino: il mancato rispetto del tempo concordato comporta l'applicazione di € 500 (da rivalutare come previsto in Convenzione);
- Penale unitaria: gli importi devono essere aggiornati secondo quanto previsto in Convenzione;
- Oggetto del controllo: occorre definire le unità di servizio, ad es. campione biancheria piana e numerosità, carrello pasti;
- Griglia di valutazione: sarà compilata dal personale del Concedente in contraddittorio con il Concessionario.
- Modalità applicazione penale: secondo quanto indicato nel punto 1) del richiamo e comunque è previsto che:
 - o Se il Concessionario ripristina la normalità entro il tempo indicato, non sarà applicabile alcuna penale;

- Se il Concessionario non ripristina la normalità entro il tempo indicato, sarà applicabile una penale di € 500.

Per un maggior dettaglio si rimanda ai documenti *supra* citati e si allega anche uno schema riassuntivo delle penali effettivamente applicate dal 2013 al 30 settembre 2019 (All. 3). Questo documento rivela la effettiva consistenza e peculiarità del sistema di controllo messo in atto dalle Aziende e di come esso abbia evidenziato, laddove necessario, rilievi tecnici che hanno condotto con efficacia ai meccanismi sanzionatori.

In conclusione, nella fattispecie del SIOR, il rischio di disponibilità può senz'altro dirsi trasferito in capo al Concessionario proprio perché è previsto un sistema di applicazione delle penali che riduce i canoni prestazionali in funzione della qualità effettivamente ricevuta così come confrontabile con gli standard dei servizi previsti nel Capitolato.

3.3. Rischio di domanda.

Come visto in precedenza, il rischio domanda è connesso alla variabilità della domanda non dipendente dalla qualità del servizio prestato; ovvero a quello che può definirsi normale rischio economico assunto da un'azienda in un'economia di mercato.

Il rischio domanda si considera assunto dal Concessionario nel caso in cui i pagamenti pubblici sono correlati all'effettiva quantità domandata per quel servizio dall'utenza. Viceversa, si considera in capo al Concedente nel caso di pagamenti garantiti anche per prestazioni non erogate. Si presume quindi che il Concedente assuma il rischio domanda laddove sia obbligato ad assicurare un determinato livello di pagamenti al soggetto privato indipendentemente dall'effettivo livello di domanda espressa dall'utente finale, rendendo così irrilevanti le fluttuazioni del livello di domanda rispetto alla redditività dell'operazione per il privato.

Nella fattispecie del SIOR, il rischio domanda può essere considerato in capo al Concedente, in quanto nella Convenzione per alcuni servizi è stato previsto che la

PA sia tenuta a pagare dei minimi garantiti indipendentemente dal livello di domanda.

Si segnala che sono presenti comunque dei servizi commerciali (i.e bar e caffetteria, parcheggio, negozi e banca) in cui il rischio di domanda è a carico del Concessionario.

4. CONCLUSIONI.

Alla luce di quanto esposto in precedenza si è provveduto ad individuare e analizzare i rischi presenti nell'operazione di *project finance* del SIOR relativa alla costruzione e gestione di Quattro Ospedali della Toscana.

Prendendo a riferimento la normativa e i principi contabili esistenti si è proceduto ad effettuare l'analisi dei rischi di costruzione, disponibilità e domanda tra Concedente e Concessionario tenendo conto di quanto normato nella Convenzione del 2007 e di quanto effettivamente avvenuto durante l'esecuzione delle opere e le relative gestioni.

Il rischio di costruzione può dirsi in capo al Concessionario, in quanto contrattualmente è stata attribuita ad esso la responsabilità dei maggiori costi derivanti da inadempimenti nella fase costruttiva e tali inadempimenti sono stati puntualmente rilevati dal Concedente, ed accettati dal Concessionario, attraverso un monitoraggio periodico dell'andamento dei lavori, richiedendo al gestore o comunque ottenendo tutte le informazioni rilevanti, scongiurando il tema dell'automatismo dei pagamenti e della connessa presunzione di assunzione di rischio.

A questo proposito va notato come l'esito dell'analisi del rischio di costruzione non possa essere sovvertito dall'osservazione che l'incidenza della quota pubblica, pari a circa il 60%, supera il limite previsto da Eurostat e ripreso dal Codice dei contratti pubblici, trattandosi di mera presunzione da applicare solo in assenza di una puntuale analisi dei rischi (quest'ultima tanto più necessaria quando l'oggetto del PPP sono "opere fredde").

Il rischio di disponibilità è in capo al Concessionario perché è stato previsto ed applicato un sistema di riduzione dei canoni in occasione di qualità dei servizi e tempi previsti non in linea con quanto previsto nel Capitolato.

Il rischio domanda è in capo al Concedente, in quanto nella Convenzione per alcuni servizi è stato previsto che la PA sia tenuta a pagare, per una serie di servizi rilevanti anche se non per tutti, dei minimi garantiti indipendentemente dal livello di domanda.

Dalla verifica dell'allocazione dei rischi è emerso che il rischio di costruzione e il rischio di disponibilità sono a carico del Concessionario e quindi è la PA po' optare per una contabilizzazione degli Ospedali *off balance*.

Il sottoscritto confida di aver illustrato in modo adeguato l'analisi dei rischi nel *project finance* SIOR, restando a disposizione per ogni eventuale ulteriore chiarimento, ringrazia per la fiducia accordata.

Con osservanza

Firenze, 25 maggio 2020



(Prof. Giovanni Liberatore)