

Linee guida per la predisposizione di Convenzioni tipo nel servizio idrico integrato

2009

Elena Bartoli
Giovanni Canitano
Nicola Doni

INDICE

1.	Introduzione.....	3
1.1	<i>Il ruolo giuridico-amministrativo del contratto di servizio</i>	<i>4</i>
1.2	<i>Il ruolo economico-istituzionale del contratto di servizio.....</i>	<i>6</i>
1.3	<i>La convenzione di gestione nel servizio idrico integrato</i>	<i>9</i>
1.4	<i>Metodologia per l'analisi delle Convenzioni di gestione esistenti</i>	<i>9</i>
2.	Linee guida per la redazione delle principali clausole.....	11
2.1	<i>Aspetti generali, premesse e allocazione dei rischi</i>	<i>11</i>
2.2	<i>La pianificazione e il controllo delle prestazioni.....</i>	<i>18</i>
2.3	<i>Le condizioni economiche</i>	<i>23</i>
2.4	<i>L'equilibrio economico e finanziario</i>	<i>27</i>
2.5	<i>La revisione periodica.....</i>	<i>29</i>
2.6	<i>La revisione straordinaria.....</i>	<i>38</i>
2.7	<i>La rinegoziazione della Convenzione.....</i>	<i>41</i>
2.8	<i>La cessazione della relazione.....</i>	<i>44</i>
2.9	<i>La determinazione del valore residuo al termine dell'affidamento</i>	<i>49</i>
2.10	<i>La risoluzione delle controversie</i>	<i>53</i>
2.11	<i>I rapporti con gli enti finanziatori.....</i>	<i>58</i>

1. Introduzione

La Convenzione di affidamento è lo strumento attraverso cui l'AATO e il soggetto gestore sottoscrivono le reciproche obbligazioni inerenti alla prestazione del servizio idrico e determinano le grandezze tecniche, economiche e finanziarie che vi corrispondono. La Convenzione è diventata uno dei principali strumenti di regolazione dei servizi pubblici locali, secondo un modello che si è progressivamente affermato nel tempo e che ha sostituito il tradizionale controllo diretto operato dalla pubblica amministrazione nei confronti del gestore.

Nonostante il ruolo centrale attribuito al contratto di servizio nella normativa europea e italiana, la maggior parte delle Convenzioni ad oggi sottoscritte nel SII in Italia non mostrano la dovuta chiarezza nelle regole che disciplinano gli aspetti rilevanti del servizio. Vi è una cronica mancanza degli essenziali dettagli procedurali, utili a definire le circostanze nelle quali è possibile invocare un determinato intervento, i tempi di attivazione di tali interventi, i possibili meccanismi di ricorso da parte del gestore. In altre esperienze di regolazione, segnatamente nel Regno Unito, il tema del contratto è considerato talmente importante che si è proceduto ad una progressiva standardizzazione delle clausole essenziali, oggi giunte ad un livello di sofisticazione estremamente elevato.

Tal motivazione ha spinto l'ANEA e il COVIRI a commissionare il presente rapporto, finalizzato a supportare le attività del Tavolo di lavoro che avrà il compito di predisporre una o più Convenzioni tipo. Per la redazione del rapporto, ci si è basati sia sull'approfondimento della normativa e della teoria economica, sia sull'osservazione di alcune realtà all'estero, sia su un'approfondita indagine empirica svolta sulla quasi totalità delle Convenzioni di affidamento ad oggi predisposte e sulle Convenzioni tipo regionali. Le Convenzioni sono state lette attraverso una griglia interpretativa, che le suddivide in ideali sezioni, ciascuna delle quali affronta un gruppo di argomenti strettamente legati tra loro.

Il rapporto è strutturato sotto forma di linee guida, per cui non fornisce direttamente delle clausole contrattuali per le Convenzioni tipo, ma chiarisce quali sono i criteri che dovrebbero ispirarne la redazione, fornendo una descrizione delle principali alternative regolatorie disponibili e delle probabili conseguenze di ciascuna di esse. Per ogni sezione della griglia interpretativa, sono stati prima descritti gli obiettivi (a cosa serve tale gruppo di clausole), per poi leggere e interpretare le disposizioni contenute nelle Convenzioni in essere (elementi critici nella disciplina esistente). Sulla base di tale analisi e della letteratura ed esperienza rilevante, sono poi presentate le linee guida per la stesura di Convenzioni tipo e contratti di servizio.

Il lavoro è organizzato come segue. Nel resto del capitolo 1 si analizza dapprima il ruolo del contratto di servizio nella normativa europea ed italiana, descrivendone i contorni legislativi e il ruolo dei vari attori coinvolti, per poi affrontare le ragioni economiche che suggeriscono una particolare conformazione delle Convenzioni di gestione e una specifica relazione tra la regolazione per contratto e la regolazione tramite agenzia. Successivamente, si accenna al ruolo della Convenzione di gestione nel servizio idrico integrato e si presenta la metodologia di classificazione delle Convenzioni esistenti che è stata usata per l'analisi delle Convenzioni vigenti.

Nel capitolo 2 si forniscono delle linee guida per la realizzazione di Convenzioni tipo per il servizio idrico integrato, che recepiscono i suggerimenti della letteratura e le esperienze di altri paesi, prendendo spunto dalle criticità emerse dall'analisi delle Convenzioni vigenti. L'esposizione prevede, dopo un esame delle ragioni che spingono ad affrontare determinati aspetti della Convenzione, l'esame delle criticità delle Convenzioni esistenti, per poi fornire dapprima delle indicazioni generali in merito alla redazione delle relative clausole, e poi, laddove rilevante, dei suggerimenti specifici rispetto ad aspetti distinti o rispetto alla diversa natura del soggetto gestore.

1.1 *Il ruolo giuridico-amministrativo del contratto di servizio*

In questo paragrafo vengono brevemente ripercorse le origini del contratto di servizio connesse all'assetto della regolazione e vengono riportati alcuni elementi utili al fine di individuare la natura giuridica di tale strumento.

L'attenzione rivolta prima a livello europeo e poi nazionale alla tutela della concorrenza, l'affermazione di nuovi modelli di gestione dei servizi pubblici e il riconoscimento di veri e propri "diritti" in capo ai cittadini/utenti destinatari dei servizi medesimi, costituiscono le principali ragioni di un nuovo modo di leggere e interpretare i rapporti tra pubblica amministrazione, gestori dei servizi e destinatari finali dei medesimi, che ha trovato nel *contratto di servizio pubblico* lo strumento più idoneo per la regolazione. La rilevanza acquisita da tale strumento nel settore dei servizi pubblici locali si giustifica, oltre che per la sua derivazione comunitaria – ove ha costituito, ad iniziare dal settore dei trasporti pubblici, la via obbligata per la permanenza di obblighi in capo ai gestori – per il fatto che, se ben costruito, tale strumento può soddisfare diverse esigenze organizzative e regolative degli enti locali.

Il contratto di servizio è, dunque, l'istituto di ispirazione comunitaria attraverso il quale è possibile regolamentare i rapporti tra ente locale e soggetto affidatario della gestione. La sua prima definizione è rintracciabile nel Regolamento CEE 26 giugno 1969, n. 1191, così come modificato dal successivo Regolamento 20 giugno 1991, n. 1893, secondo cui "*per contratto di servizio pubblico si intende un contratto concluso fra le autorità competenti di uno Stato membro e un'impresa di trasporto allo scopo di fornire alla collettività servizi di trasporto sufficienti*". In tal modo viene consentito alla pubblica amministrazione di realizzare il proprio interesse pubblico in via alternativa rispetto al modulo autoritativo, ossia a mezzo di uno strumento negoziale e di natura prettamente sinallagmatica. Le parti del contratto assumono il ruolo di attori in un processo di scambio che le vede vincolate a prestazioni sancite in termini appunto contrattuali, su un piano di pari dignità.

La stessa fonte comunitaria stabilisce poi il contenuto minimo che deve avere il contratto, prevedendo in particolare che lo stesso disciplini "*a) le caratteristiche dei servizi offerti, segnatamente le norme di continuità, regolarità, capacità e qualità; b) il prezzo delle prestazioni che formano oggetto del contratto (...), come pure le modalità delle relazioni finanziarie tra le parti; c) le norme relative alle clausole addizionali e alle modifiche del contratto, segnatamente per tener conto dei mutamenti imprevedibili; d) il periodo di validità del contratto; e) le sanzioni in caso di mancata osservanza del contratto*".

L'inserimento del contratto di servizio nell'ordinamento italiano è, invece, più recente. In verità è forse possibile rinvenirne un prototipo in quell'istituto, di tipo negoziale, disciplinato nel R.D. 14 dicembre 1931, n. 1775 e relativo al contratto di concessione, accessivo alle concessioni, attraverso il quale l'ente locale dettava la disciplina dei vari aspetti del rapporto con il gestore privato (regolare manutenzione degli impianti; osservanza delle tariffe; vigilanza sul funzionamento del servizio; modalità per il trasferimento, alla scadenza del servizio, degli immobili e degli impianti all'ente locale; penalità per inosservanza degli obblighi contrattuali; casi di decadenza e modalità per definire le controversie). Lo strumento contrattuale è stato, tuttavia, introdotto in via generale nel nostro ordinamento a seguito dell'affermarsi della concezione "oggettiva" del servizio pubblico e della relativa separazione tra titolarità del servizio e gestione dello stesso. In particolare per quanto attiene ai servizi pubblici locali l'art. 113 comma 11 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 nel testo a tutt'oggi vigente¹ stabilisce che "*i rapporti degli enti locali con le società di erogazione*".

¹ Tale comma risulta oggi ancora in vigore in quanto non incompatibile con le disposizioni dettate dall'art. 23 –bis della legge 133/2008. Ai sensi del comma 11 di tale articolo, infatti, "*l'art. 113 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 e s.m., è abrogato nelle parti incompatibili con le disposizioni di cui al presente articolo*".

zione del servizio e con le società di gestione delle reti e degli impianti sono regolati da contratti di servizio, allegati ai capitolati di gara, che dovranno prevedere i livelli dei servizi da garantire e adeguati strumenti di verifica del rispetto dei livelli previsti”.

Già da queste poche indicazioni contenute nel testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, emerge la rilevanza che ha progressivamente assunto nel nostro ordinamento il contratto di servizio anche per quanto attiene alla tutela dell'utenza, la quale, assente dai processi decisionali, attraverso questo strumento dovrebbe trovare maggiori garanzie di tutela.

Una conferma di tale ruolo era, del resto, già contenuta, relativamente al servizio idrico integrato, nella legge 31 gennaio 1994, n. 36 (c.d. legge Galli) che, all'art. 11 prevedeva una convenzione tipo e relativo disciplinare adottati dalla Regione per regolare i rapporti tra enti locali e soggetti gestori, e individuava una serie di contenuti fondamentali della convenzione, in particolare in materia di obblighi di servizio a carico del gestore per la realizzazione di bisogni fondamentali dell'utenza e di poteri di controllo in capo all'amministrazione, al fine di verificare l'adempimento degli obblighi medesimi.

Nel servizio idrico integrato, analogamente a quanto avvenuto per altri servizi pubblici locali, si sono quindi venute gradualmente a distinguere le posizioni dell'ente locale, cui sono riconosciuti importanti poteri di verifica e controllo, del soggetto gestore, cui compete lo svolgimento del servizio, ed infine degli utenti, sempre più visti come cittadini clienti da soddisfare nelle loro esigenze. I profili qualitativi connessi all'erogazione del servizio hanno assunto un'autonoma rilevanza rispetto ai tradizionali aspetti quantitativi delle prestazioni. In quest'ottica va inquadrata l'introduzione, anche a livello normativo, di strumenti quali le carte dei servizi.

Per concludere su questo primo aspetto, si può dunque osservare come nel sistema normativo italiano il contratto di servizio abbia assunto un significato più ampio di quello riconosciuto a livello comunitario, ponendosi quale strumento di disciplina dell'interazione dei rapporti e delle relazioni tra pubblica amministrazione e gestore, con inevitabili ripercussioni anche nei confronti degli utenti del servizio (a vantaggio dei quali risulta sicuramente ampliata la sfera di tutela), e ciò sulla base sia delle indicazioni dei suoi contenuti obbligatori ad opera delle normative settoriali, sia e ancor di più delle previsioni di disciplina generale.

Per quanto attiene alla definizione della natura giuridica del contratto di servizio, è necessario preliminarmente evidenziare che quale che sia la procedura prescelta di affidamento del servizio al soggetto gestore (gara pubblica o affidamento diretto), lo strumento per la regolamentazione dei rapporti tra gestore e ente pubblico titolare del servizio risulta sempre costituito dal contratto di servizio².

Sono stati avanzati in dottrina diversi inquadramenti giuridici del contratto di servizio che oscillano tra lo schema contrattuale puro di tipo privatistico e quello del contratto di diritto pubblico. Argomentazioni a favore della prima opzione sono di ordine terminologico³, di interpretazione della normativa comunitaria e di carattere sistematico⁴. Parte della dottrina arriva addirittura, forzando tale impostazione, a qualificare il contratto di servizio come un contratto a favore di terzi ex art. 1411 c.c., in considerazione della indiscutibile destinazione delle prestazioni di pubblico servizio alla soddisfazione dei bisogni degli utenti. Tale ricostruzione appare, tuttavia, eccessiva in quanto risultano ancora largamente dibattuti sia la natura giuridica del diritto dell'utente alla prestazione

² Tuttavia, mentre in caso di affidamento con gara, il contratto è allegato al bando, nei casi di affidamento diretto, esso sembra costituire l'unico strumento di regolazione dei rapporti.

³ L'espressione sarebbe stata utilizzata con la consapevolezza di riferirsi allo strumento negoziale privatistico, nell'accezione che ha nell'ordinamento interno.

⁴ In virtù del principio di liberalizzazione dei servizi pubblici, il momento pubblicistico si esaurirebbe nella scelta concorsuale del contraente.

del servizio che, anche ammettendo la natura di diritto soggettivo perfetto direttamente azionabile, il momento in cui lo stesso può ritenersi perfezionato in capo all'utente.

Di contro è stato osservato che la terminologia usata dal legislatore e la natura sinallagmatica degli obblighi imposti dall'amministrazione non può e non deve far propendere per un inquadramento totalmente privatistico dell'istituto e, conseguentemente, che per il contratto di servizio possa ipotizzarsi l'inquadramento nell'ambito della categoria dei contratti di diritto pubblico o "*ad oggetto pubblico*". In quanto tale, il contratto di servizio conserverebbe in capo all'amministrazione, oltre ad espressioni dell'autonomia privata, anche potestà amministrative (es. potere tariffaria, facoltà di riscatto anticipato) che, peraltro, valgono a caratterizzare l'istituto e a differenziarlo dai contratti di diritto privato.

Indipendentemente dalle ricostruzioni dottrinali relative alla natura giuridica dello strumento negoziale, si conclude osservando che il contratto di servizio contiene, per come è stato disciplinato nel sistema normativo italiano consolidatosi a seguito dei ripetuti interventi del legislatore, una disciplina completa del rapporto, in parte stabilita contrattualmente dalle parti (contenuto discrezionale), in parte mutuata da fonti esterne di regolazione (contenuto vincolato).

1.2 *Il ruolo economico-istituzionale del contratto di servizio*

Secondo la teoria economica, il contratto è il meccanismo di coordinamento delle decisioni tra agenti, finalizzato a ripartire tra i contraenti i costi e i benefici di una transazione, attraverso la definizione di un prezzo. Il contratto, inoltre, è un meccanismo fondamentale di allocazione dei rischi, atto a valorizzare in vantaggi comparati di ciascun contraente nell'affrontare specifiche categorie di imprevisti. Tuttavia, quando si affida un servizio come quello idrico, il prezzo è una variabile insufficiente ad esaurire le condizioni della prestazione. Occorre definire i criteri di una prestazione particolarmente complessa, che si estenderà per un lungo periodo ed è supportata da ingenti investimenti.

Tali circostanze generano due conseguenze. In primo luogo, le stime sulle quali si fonda la determinazione della tariffa possono essere imprecise e le circostanze economiche e tecnologiche possono cambiare nel tempo, per cui sarà necessario procedere periodicamente ad un "riallineamento" tra la tariffa e i costi sostenuti. E' questo l'obiettivo della revisione periodica. Ma la possibilità che si verifichino degli *shock* nei prezzi o degli eventi naturali avversi impone di rivedere le tariffe anche in circostanze eccezionali, attraverso revisioni straordinarie. In secondo luogo, all'inizio dell'affidamento non è possibile specificare con precisione tutti i possibili eventi futuri che potrebbero influire sulla prestazione. In questi casi, l'accordo inizialmente sottoscritto mancherà di riferimenti per far fronte alla nuova situazione. Può anche darsi che il contratto non preveda esplicite obbligazioni perché redatto in maniera troppo generica. In entrambi i casi, si dice che il contratto è "incompleto", per cui prima o poi viene il momento in cui è necessario accordarsi su come affrontare le circostanze verificatesi.

In base a tali considerazioni, la teoria economica è arrivata alla conclusione che la regolazione non è un'attività deterministica, che si conclude con la predisposizione del contratto, ma anzi è un processo continuativo, che parte dal contratto per procedere a successivi "aggiustamenti" dei parametri dell'affidamento rispetto alle circostanze sopravvenute. Ciò, tuttavia, avviene in un ambiente non più aperto a pressioni competitive, in cui le parti hanno stabilito legami e sono dipendenti l'una dall'altra. In questi casi, può essere difficile affrontare questioni sensibili o interrompere la relazione in caso di mancato accordo. Il risultato può essere un'incessante e continua "rinegoziazione" dei termini dell'affidamento, che avvantaggia ora l'una ora l'altra parte, in maniera del tutto

imprevedibile. L'incertezza che si genera ha l'effetto di scoraggiare la realizzazione degli investimenti e il raggiungimento di maggiore efficienza e qualità del servizio.

Il rischio di rinegoziazione deriva dalla presenza contemporanea di asimmetria informativa a vantaggio del gestore, e di discrezionalità da parte del regolatore. Da un lato, infatti, la maggiore quantità di informazioni disponibili rende possibile al gestore nascondere i recuperi di efficienza ottenuti, sovrastimare i costi necessari a realizzare una particolare opera, accampare pretese basate su circostanze difficilmente verificabili. Dall'altro lato, gli aggiustamenti richiedono valutazioni soggettiva da parte del regolatore, che pertanto gode di un elevato grado di discrezionalità e può pertanto "espropriare" l'impresa di gran parte dei benefici. Queste circostanze sono due manifestazioni di quello che in letteratura viene definito "opportunismo", un fenomeno che può degenerare a tal punto da creare dei veri e propri casi di instabilità contrattuale. Il risultato di tale instabilità è generalmente una riluttanza degli investitori a realizzare (o finanziare) investimenti e/o un'indebita redistribuzione dei costi e dei benefici dell'affidamento. Si possono verificare variazioni tariffarie non giustificate, trasferimenti di componenti di costo in tariffa, aggiustamenti del canone annuale, modifiche allo *stock* di capitale su cui percepire il rendimento, estensioni dei periodi di concessione. Nei casi in cui il gestore è selezionato tramite gara, può anche darsi che l'impresa che si aggiudica il servizio non sia quella più efficiente e capace, ma sia quella che ritiene di avere maggiori capacità di negoziare successivamente favorevoli aggiustamenti, per cui si arrischia ad offrire una proposta economicamente molto vantaggiosa per accaparrarsi il contratto. La parte svantaggiata dall'elevata instabilità contrattuale è sempre l'utenza, sia direttamente in termini di maggiori tariffe e/o minori investimenti, sia indirettamente attraverso un aumento del rischio regolatorio e conseguente aumento del costo del capitale.

Pertanto, nel gestire la relazione, è fondamentale predisporre strumenti atti a governare gli aggiustamenti, instillando certezza e prevedibilità nella relazione regolatoria. È essenziale che qualsiasi aggiustamento del contratto sia inquadrato in una procedura ben strutturata e segua dei criteri predeterminati. Solo in questo modo è possibile garantire la necessaria flessibilità, senza alterare le condizioni a cui l'AATO e il gestore hanno aderito in fase di stipula della Convenzione. L'obiettivo è di raggiungere quella che si potrebbe definire una "flessibilità vincolata", in modo tale da garantire sia un comportamento corretto nei confronti degli obblighi sottoscritti e dell'allocatione dei rischi pattuita, sia la sufficiente flessibilità per far fronte ad avvenimenti futuri inattesi che possono alterare il costo od il valore della prestazione. Nella gestione di tale flessibilità, l'interazione tra lo strumento contrattuale e l'attività di un'agenzia di regolazione è un elemento fondamentale.

La presenza di un'agenzia che "amministra" il contratto assicura una maggiore capacità di adattamento della relazione regolatoria alle circostanze sopravvenute. Difatti, a fronte di un eventuale disaccordo, un regime contrattuale puro richiederebbe di intraprendere un'azione legale dai costi elevati e dall'esito incerto. Un regime contrattuale puro non garantisce, inoltre, la sufficiente flessibilità della formula di *escalation* tariffaria agli avvenimenti che potrebbero verificarsi nell'arco di vari decenni. Ne deriverebbe una maggiore propensione delle parti, di fronte alla possibilità di adattamenti inefficienti, a negoziare soluzioni di compromesso, che possono minare l'integrità dell'accordo contrattuale e violare l'equilibrio economico-finanziario implicito nel contratto iniziale. Al contrario, l'istituzione di un'agenzia e la presenza di regole chiare per il suo funzionamento consentono di gestire la flessibilità in modo prevedibile.

In Italia si è scelto di attribuire alla convenzione di affidamento un ruolo preponderante nella regolazione del rapporto fra pubblica amministrazione e soggetto gestore, ma allo stesso tempo sono state create delle istituzioni locali, le AATO, e un'istituzione centrale, il Comitato per la Vigilanza sull'uso delle Risorse Idriche, che pur non avendo i caratteri e i poteri di vere e proprie *autho-*

rità, sono comunque delegate a svolgere compiti importanti di regolazione. In primo luogo, le AATO hanno il compito di definire (e adattare) il piano di investimenti, determinare (e aggiustare) la tariffa, esercitare il controllo sul gestore. Il Comitato, poi, ha il compito di vigilare sull'applicazione del metodo tariffario e di proporre le linee guida per il suo aggiornamento; inoltre ha una funzione di vigilanza in genere sull'operato delle AATO e sui risultati raggiunti dai gestori.

Nel panorama mondiale esistono due diverse tradizioni rispetto alle modalità di regolazione del servizio idrico. La formula scelta in Italia si avvicina molto al modello francese della così detta regolazione per contratto. Ma l'istituzione delle AATO e del Comitato ha di fatto reso ibrida tale soluzione, introducendo alcuni elementi della cosiddetta regolazione attraverso un'Autorità, caratteristica del modello anglosassone. L'accostamento di queste due diverse tradizioni può rendere più efficace la regolazione, ma occorre che l'operato del Coviri e delle AATO siano ben coordinati dalla disciplina normativa. In pratica, le decisioni del Coviri non dovrebbero mai mettere a repentaglio l'equilibrio contrattuale previsto dall'accordo iniziale; al contrario, tale organo dovrebbe operare in modo da rendere più stabili e funzionanti le relazioni contrattuali siglate a livello decentrato.

Il punto nevralgico di questa soluzione risiede nel potere attribuito al Coviri di aggiornare il metodo tariffario. Infatti, come evidenzieremo al paragrafo 2.3, il metodo tariffario incide direttamente sull'allocazione dei rischi e sulla dinamica degli incentivi presenti nella relazione contrattuale. È evidente quindi che un cambiamento radicale nella filosofia che ispira il metodo tariffario può mettere in crisi gli accordi contrattuali già siglati. L'argomento sarà ripreso in seguito, ma si può fin da ora anticipare la necessità di una certa coerenza che il Coviri dovrà utilizzare nello svolgere tale compito. Ulteriore finalità del Coviri può essere quella di intervenire sugli eventuali punti deboli della regolazione per contratto, svolgendo funzioni quali:

- definire le caratteristiche principali del sistema di controllo degli obblighi del gestore, suggerendo pure un insieme di indicatori sintetici che permettano di monitorare l'effettiva performance dei gestori;
- raccogliere i dati sui costi e la qualità raggiunti nelle diverse gestioni e renderli pubblici in modo che siano facilmente comparabili;
- emanare linee guida sulla gestione dei processi di revisione ordinaria o straordinaria della tariffa.

Le convenzioni allo stesso tempo dovranno prendere atto che un aspetto cruciale della relazione contrattuale può essere modificato dall'intervento di una terza parte senza che i due contraenti possano opporsi. Trattandosi di disposizioni di carattere generale previste nell'interesse pubblico, le deliberazioni del Coviri tradotte in decreto, se precedentemente vigenti, non possono essere derogate convenzionalmente. Ne segue che le clausole convenzionali difformi verrebbero sostituite *ex lege* da quelle legali ex art.1339 cod.civ.. Quanto alle norme sopravvenute, parimenti imperative, se non contengono una disposizione transitoria nella quale espressamente si dispone per la loro applicabilità anche ai contratti in essere, è necessario che le clausole delle Convenzioni prevedano gli aggiustamenti da applicare nel caso in cui il metodo tariffario o altre disposizioni subiscano variazioni significative.

La soluzione preferibile è il c.d. rinvio di tipo formale o mobile (il che avviene nei casi in cui si richiami, ad esempio, il DM 1.8.1996, e le sue successive modifiche od integrazioni od aggiornamenti, oppure si richiami il Metodo Normalizzato pro tempore vigente, o espressioni analoghe). In questo caso, la disposizione sopravvenuta si sostituisce automaticamente alla previgente e viene automaticamente recepita nel testo contrattuale. Laddove invece il rinvio sia di tipo c.d. recettizio o fisso, la nuova disposizione rimane esterna al regolamento convenzionale tra le parti, e potrà essere liberamente recepita solo con un nuovo consenso bilaterale.

1.3 *La convenzione di gestione nel servizio idrico integrato*

Nell'ambito del servizio idrico integrato lo strumento del contratto di servizio è stato sin da subito qualificato, dal legislatore nazionale, in termini di convenzione di gestione, che risulta appunto disciplinata all'art. 151 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152. Tale articolo ha confermato in massima parte quanto già era previsto nella legge Galli all'art. 11, ossia che “*i rapporti fra Autorità di ambito e gestori del servizio idrico integrato sono regolati da convenzioni predisposte dall'Autorità di ambito*” e che a tal fine le Regioni debbono adottare convenzioni tipo, con relativi disciplinari.

L'art. 151 chiarisce anche che, laddove le Regioni non abbiano provveduto all'adozione di convenzioni e disciplinari tipo, l'Autorità di ambito è comunque tenuta a predisporre la convenzione sulla base della normativa vigente, generale e di settore, tenendo in particolare conto che la stessa norma individua ben 14 aspetti che dovrebbero trovare adeguata disciplina nei testi contrattuali: alcuni riguardano gli elementi giuridico-amministrativi del rapporto (es. forma della gestione, controlli, riscatto), altri gli elementi tecnici (efficienza del servizio, manutenzione delle opere), altri ancora gli elementi economici (tariffa, garanzie finanziarie).

Al fine di coadiuvare sia l'attività delle Regioni nella predisposizione delle convenzioni tipo che l'attività delle Autorità di Ambito nella messa a punto degli schemi contrattuali il nuovo art. 161 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, come sostituito dall'art. 2 comma 15 del decreto legislativo 16 gennaio 2008, n. 4, ha attribuito ex novo al Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche il compito (art. 161 comma 4 lettera c) di predisporre *con delibera una o più convenzioni tipo di cui all'art. 151* e di trasmetterle al Ministro per l'ambiente che le adotta con proprio decreto, sentita la Conferenza permanente.

Nella predisposizione delle presenti Linee Guida si è, quindi, tenuto conto delle tematiche elencate all'art. 151 e, comunque desumibili anche da altri articoli del decreto legislativo 152/2006 (artt.149, 152, 153 e 154), dal *Metodo tariffario* richiamato all'art. 154 nonché dei principali contenuti individuati dall'esame già effettuato delle convenzioni di gestione.

1.4 *Metodologia per l'analisi delle Convenzioni di gestione esistenti*

La rassegna della normativa italiana ed europea e della teoria economica è stata funzionale all'elaborazione di categorie analitiche atte a condurre l'analisi e la comparazione di 65 Convenzioni di gestione esistenti, su un totale di 67 AATO che hanno affidato il servizio. A tal fine, è stata predisposta una griglia di lettura, tenendo conto degli aspetti che risultano più rilevanti, ma escludendo tutti quegli elementi che sono disciplinati in modo vincolante da leggi o regolamenti. Inoltre, per concentrare il campo di indagine, si è preferito non considerare quegli aspetti che sono generalmente affrontati in modo pressoché identico in tutte le Convenzioni e che non sollevano particolari questioni, come avviene ad esempio per i termini che disciplinano il divieto di sub-concessione del servizio o le prese d'atto.

Per ogni aspetto analizzato si è individuato un ventaglio di specificazioni, al fine di sintetizzare i variegati contenuti delle diverse convenzioni su quel punto; tali specificazioni costituiscono la griglia che ha permesso di effettuare un'attività di codifica, ossia la trasposizione delle informazioni contenute nelle convenzioni, da una forma di linguaggio libero, in questo caso giuridico-economico, in un insieme finito di codici rispondenti a delle classificazioni, costituite per l'occasione. Nella definizione dei vari aspetti e delle loro specificazioni, si è nondimeno cercato di mantenere la massima

coerenza con la dizione usata nelle convenzioni di affidamento. Inoltre, sia nella categorizzazione delle specificazioni che nel loro ordinamento, è stata operata una standardizzazione, ove questa fosse possibile. La scelta delle modalità si è basata sulla necessità di rintracciare i dati più rilevanti e sull'esigenza di far emergere differenze qualificanti fra i diversi accordi contrattuali.

È opportuno evidenziare che la normativa italiana, allo stato attuale, lascia alle parti ampi margini di contrattazione bilaterale, sia per quanto riguarda la definizione dei criteri che sottendono la prestazione (inclusa l'effettiva allocazione di alcuni rischi, la determinazione delle penali e delle garanzie reciproche), sia per quanto riguarda la descrizione delle modalità attuative delle clausole stesse (anche con riferimento alle eventuali revisioni della tariffa e alla risoluzione delle dispute). È quindi utile sottolineare che le scelte adottate nei singoli accordi condizionano in maniera rilevante il dispiegarsi della relazione fra AATO e Gestore. Pertanto, nella redazione delle presenti linee guida, è stata prestata particolare attenzione all'esame di tali possibili scelte e alla specificazione delle conseguenze che ne potrebbero derivare.

2. Linee guida per la redazione delle principali clausole

2.1 *Aspetti generali, premesse e allocazione dei rischi*

Ai fini della validità e della completezza della convenzione di gestione, nonché per evitare che, dopo la sua sottoscrizione, possano insorgere possibili contestazioni sui contenuti del contratto, è necessario che vengano adeguatamente disciplinati in un apposito titolo del testo contrattuale gli aspetti relativi alle parti/soggetti del contratto, oggetto e causa, oltre al contesto di luogo e tempo della stipula, alla durata e ad eventuali strumenti di interpretazione del medesimo. Tali elementi in parte precedono l'articolazione contrattuale per inquadrarne l'ambito, costituendone comunque parte integrante e sostanziale (ciò viene, di regola, correttamente specificato nei primi articoli della convenzione) e assumendo il nome generico di *premesse*, in parte si trovano collocati nel corpo dell'articolato, in particolare nelle *disposizioni generali e finali*.

2.1.1 Elementi critici nella disciplina esistente

Non tutte le convenzioni di gestione dedicano particolare attenzione alle premesse del contratto e alle disposizioni generali e finali. In particolare pur specificando la maggior parte delle convenzioni che le premesse costituiscono parte integrante e sostanziale del contratto, l'articolazione delle stesse risulta poi in molti testi contrattuali eccessivamente succinta e priva di effettivo valore contrattuale. In particolare risultano assai limitati i casi in cui viene inserita in convenzione una clausola interpretativa che consenta, al di là della lettera della norma, laddove sussistano incertezze sul contenuto di singole disposizioni, di interpretare le medesime, avendo prioritario riguardo alla tutela degli utenti. Analogamente assai limitati sono i casi di convenzioni o disciplinari che definiscano in apposito articolo i termini tecnici e specialistici della gestione.

2.1.2 Linee guida

Si ritiene opportuno che la Convenzione di gestione disciplini e dettagli le premesse e le disposizioni generali e finali. In particolare è opportuno che, sotto tali sezioni, siano riportati gli elementi che seguono:

- 1) Data contratto: l'apposizione della data del contratto è fondamentale. Essa indica il momento da cui inizia il periodo di validità del contratto stesso. Normalmente la data del contratto coincide con quella della stipulazione. Rinviano per ulteriori dettagli a quanto sotto riportato per quanto attiene alla durata del contratto, è opportuno chiarire bene nel contratto la relazione che intercorre tra la data di sottoscrizione (che produce effetti ed obblighi tra l'AATO e il gestore) e le ulteriori differenti date di inizio delle attività previste dal contratto ed in particolare dal Piano di Ambito.
- 2) Comparsa: nelle premesse al contratto vanno riportati i nomi dei soggetti convenuti per conto delle parti contraenti. In tal senso le persone fisiche che sottoscriveranno il contratto vanno individuate attraverso l'indicazione delle generalità complete e della funzione di rappresentanza di ognuno dei componenti, con riferimento (e possibilmente allegandone copia al contratto) degli atti (deleghe, verbali di attribuzione dei poteri, deliberazioni di organi dell'Amministrazione, etc.) che li legittimano alla sottoscrizione del contratto stesso. I soggetti che sottoscrivono il contratto devono essere quindi muniti del potere di farlo.

- 3) Motivazioni della scelta della forma di gestione: al fine di inquadrare il contesto di maturazione delle decisioni, nelle premesse è opportuno un richiamo (seppur sintetico) ai motivi che hanno indotto l'AATO alla stipula del contratto. Sono da intendersi per motivi le ragioni connesse al regime giuridico prescelto per la gestione del servizio (art. 151 comma 2 punto 1 del d.lgs. 152/2006) e all'esigenza di garantire agli utenti l'erogazione del servizio idrico secondo le modalità regolate dal contratto stesso. In tal senso andranno richiamati gli atti deliberativi dell'ATO relativi alla scelta della forma di gestione ai sensi dell'art. 150 del d.lgs. 152/2006 e dell'art. 23 bis della legge 133/2008. Tali motivi risultano, tra l'altro, necessari ai fini di una corretta interpretazione delle clausole contrattuali.
- 4) Criteri ed atti adottati per l'individuazione del contraente: è opportuno che nella premessa appaia anche uno specifico richiamo alle ragioni che hanno condotto l'AATO a stipulare un contratto con un determinato soggetto. Per il caso di gestore scelto a seguito di gara ad evidenza pubblica, devono essere specificati sia i criteri con i quali la gara è stata realizzata, sia i risultati di essa (determinati dalle caratteristiche tecnico-economiche e dagli impegni assunti dal soggetto risultato vincitore).
Questi elementi divengono parte sostanziale del convenzione di gestione: è evidente che la convenzione, nella sua articolazione, non dovrà né potrà cambiarli o eluderli. Oltre ad una sostanziale illegittimità di qualsiasi variazione, una eventualità simile determinerebbe tutte le criticità legate al procedimento di aggiudicazione della gara: sarebbe, infatti, possibile il ricorso dei concorrenti, se tali modifiche fossero riconducibili a modalità di esecuzione, ma anche di ogni terzo interessato, ove tali variazioni prospettassero il cambiamento dell'oggetto di gara stesso.
Diverso è il caso di affidamento diretto, ove le parti possono più liberamente negoziare il contratto di servizio.
- 5) Riferimenti a normativa esterna: nelle premesse al contratto, al fine di chiarirne i contorni interpretativi, è opportuno fare riferimento agli atti normativi che più direttamente condizionano l'esecuzione del contratto, ivi compresi gli atti deliberativi relativi alla scelta operata dall'Autorità di ambito in merito alla gestione. Tali atti possono contenere tutta una serie di vincoli relativi alle modalità di esercizio del servizio idrico da affidare e, quindi, il riferimento agli stessi serve ad evitare eventuali incongruenze contrattuali. È bene, inoltre, fare un esplicito richiamo alla normativa statale e regionale che regola il servizio idrico integrato. È evidente che tali norme esplicano i loro effetti, anche se non vengono esplicitate; tuttavia, un loro sintetico richiamo fa sì che il contratto risulti uno strumento di regolazione dei rapporti più completo e funzionale. Risulta, altresì, opportuno richiamare la disciplina del codice civile in materia di contratti, in quanto applicabile.
- 6) Clausola interpretativa: le premesse servono a definire il contesto in cui si è giunti alla stipula del contratto, al fine di facilitarne la corretta interpretazione. È necessario che nelle premesse del contratto di servizio venga ricordato che i destinatari degli effetti dello stesso sono gli utenti del servizio. Tale affermazione può essere adeguatamente espressa con l'inserimento di una clausola interpretativa del contratto che affermi un *favor utentis*. In questo modo ogni parte del testo contrattuale che risulti poco chiara dovrà essere interpretata dalle parti nel modo più favorevole agli utenti. E' comunque evidente che la previsione in premessa al contratto di tale clausola va rapportata al rispetto degli equilibri del sinallagma contrattuale. Sussisterebbe altrimenti il rischio che una simile impropria applicazione della clausola possa aggravare gli oneri economici a carico del gestore, senza che a ciò corrisponda un riequilibrio del sinallagma. E' da verificare l'opportunità di inserire tale clausola anche se vi è necessità di mitigare alcuni rischi come misura propedeutica al reperimento di capitali per gli investimenti, specialmente per quanto attiene le clausole relative alla determinazione della tariffa e alle revisioni periodiche e straordinarie. Per mantenere il *favor u-*

tentis e contemporaneamente non inficiare la bancabilità della Convenzione, una possibile soluzione potrebbe essere circoscriverne il campo di applicazione, sia esplicitamente, limitandone la validità ad aspetti specifici, o implicitamente, determinando con sufficiente precisione e in modo non ambiguo la Convenzione. Più semplicemente, si può escludere dall'applicazione di tale clausola interpretativa ciò che riguarda le condizioni economiche, che invece devono seguire il criterio dell'equilibrio economico e finanziario.

- 7) Glossario: ai fini di una omogeneità e inequivocabilità dei termini del contratto e, conseguentemente, di una precisa definizione delle prestazioni che ne sono oggetto, è opportuno che le premesse contengano una sorta di glossario. Si tratta di una scelta, mutuata dalla tradizione contrattualistica anglosassone (adottata anche dagli organismi dell'Unione Europea), che si sostanzia nell'attribuzione di un significato predeterminato ai principali termini o espressioni del contratto. In particolare, nell'ambito della Convenzione di gestione del servizio idrico integrato, il contratto con tale norma assolve il compito di specificare e chiarire il significato di una serie di termini tecnici propri del settore rintracciabili sia nel testo convenzionale che nei principali allegati alla convenzione.
- 8) Elezione di domicilio: l'inserimento in premessa dell'opzione per le parti di eleggere uno specifico domicilio al fine di individuare un luogo fisico cui riferire tutte le comunicazioni, risponde all'esigenza di rendere più agevoli e rapidi i contatti tra le parti durante l'esecuzione e la gestione contrattuale. Tale opzione potrebbe essere richiesta dall'Amministrazione come obbligo per il contraente, in special modo ove questo abbia la propria sede o residenza al di fuori del territorio dell'Ente affidante.

Sulla base dei molteplici contenuti che devono avere le premesse al contratto, si comprende la finalità attribuita alle stesse nell'economia del contratto, ossia quella di inquadrare il contesto in cui le parti operano, al fine di facilitare la corretta interpretazione del contratto stesso. Pertanto, è opportuno che l'articolato del contratto contenga un richiamo esplicito a quanto riportato in premessa, in modo da chiarire che nel contenuto del contratto stesso rientrano anche gli aspetti regolati nelle premesse i quali devono tuttavia risultare coerenti con l'articolato. Suddetto richiamo è considerato necessario alla luce di pronunce giurisprudenziali, onde precisare l'effettiva portata del testo contrattuale.

La convenzione di gestione deve anche contenere necessariamente l'indicazione della durata, intesa come periodo di validità del contratto stesso. La durata indica il periodo durante il quale il rapporto tra le parti di un contratto è regolato dalle disposizioni contrattuali. La durata del contratto non necessariamente coincide con quella dell'esercizio del servizio oggetto del contratto. È possibile, infatti, che le parti si accordino nel prevedere che la gestione del servizio abbia inizio solo dopo un certo periodo (in genere alcuni mesi) dalla stipula del contratto. La definizione della durata nel contratto di servizio risponde all'esigenza di assicurare il migliore perseguimento dei fini di interesse pubblico, nel rispetto dei principi di trasparenza, economicità ed imparzialità ai quali l'azione dell'Amministrazione deve attenersi. In particolare, una durata lunga è funzionale alla realizzazione di investimenti specifici. Tuttavia, all'aumentare della durata del contratto cresce il grado di dipendenza bilaterale, per cui aumenta anche la necessità predisporre adeguati meccanismi di governo del contratto (flessibilità nell'aggiustamento del prezzo e salvaguardie e procedure per gestirle).

Ai sensi del recente art. 23 bis della legge 133/2008, nel rispetto della durata massima prevista per il servizio idrico integrato dall'art. 151 comma 2 lett. b) del decreto legislativo 152/2006, pari a trenta anni, dovrà essere prevista una durata strettamente proporzionale e mai superiore ai tempi di recupero degli investimenti. La convenzione deve, inoltre, contenere un'adeguata articolazione temporale, prevedendo e cadenzando le diverse fasi in cui si articola la gestione del servizio, ad esempio:

- una fase di avvio, che regoli l'inizio della nuova gestione, la presa in carico del servizio oggetto di affidamento e tutte le eventuali pendenze risultanti da gestioni precedenti;
- una fase di gestione ordinaria, che segua quella di avvio e nella quale viene data piena attuazione alle attività che costituiscono l'erogazione del servizio affidato;
- una fase finale nella quale si conclude la gestione e si provvede alla riconsegna (o al trasferimento al nuovo gestore) dei beni funzionali all'erogazione del servizio.

Decorsi i termini di durata prescritti nel contratto, il Gestore decade dall'affidamento. Di regola l'Amministrazione avvia nei tempi opportuni una nuova procedura di affidamento per il servizio, e indica al Gestore cessato l'eventuale successore cui trasferire il servizio. Tuttavia, è possibile che l'Amministrazione, a causa delle difficoltà a stipulare un nuovo contratto, disponga la continuazione della vecchia gestione per un periodo limitato. E' opportuno che il contratto regoli tale ipotesi, stabilendo se ed entro quali limiti eventualmente consentirla, mediante una clausola apposita che la contempli.

Quanto alla possibile prosecuzione del contratto oltre il termine di scadenza è possibile patuire che, per un periodo contenuto e predeterminato, l'ente pubblico, dal momento della scadenza del contratto, sia titolare di un diritto di opzione per la continuazione dello stesso per un corrispondente periodo massimo. Tuttavia, per evitare che l'esercizio di tale diritto di opzione sia rimesso alla discrezionalità dell'ente pubblico – e conseguentemente si vanifichi la certezza del termine di scadenza contrattuale – può prevedersi che esso venga esercitato esclusivamente in presenza della necessità di garantire la continuità del servizio pubblico o il ristabilimento dell'equilibrio economico-finanziario.

Altro elemento del contratto è il suo oggetto, ossia il complesso di prestazioni determinate dalle parti sulla base del libero accordo. Pertanto nel caso del servizio idrico integrato, lo si può definire come ciò che il Gestore è tenuto a svolgere in base all'impegno mutuamente sottoscritto. L'oggetto del contratto va identificato col contenuto dello stesso, intendendo con quest'ultima espressione non solo l'oggetto, ma in genere ogni determinazione delle parti da cui risulti il tipo di regolamento di interessi che le stesse hanno voluto attuare, ivi comprese le concrete modalità di erogazione del servizio. L'oggetto è un elemento essenziale del contratto, la cui mancanza rende nullo il contratto stesso. Una corretta definizione dell'oggetto diventa, quindi, funzionale alla determinazione delle responsabilità connesse all'attuazione del contratto.

Alla luce di quanto sopra riportato è, quindi, opportuno che la Convenzione di gestione, nel regolare i rapporti tra Autorità di ambito gestore, stabilisca quali servizi vengono affidati in gestione e fornisca una descrizione dettagliata dei medesimi, correlandola al piano di ambito nonché al regolamento e alla carta del servizio. Per la trattazione di questo aspetto si rinvia a quanto detto in altri paragrafi del documento.

L'ultimo aspetto generale è la forma del contratto, la modalità attraverso la quale la volontà dei contraenti si manifesta. Essa è elemento di perfezionamento del contratto, perché rende esteriormente visibile la volontà dei soggetti, rendendola idonea ad assumere rilevanza giuridica. Essa non può mancare, pena l'inesistenza del contratto (l'assenza di una forma *ad substantiam* dà infatti luogo alla nullità del contratto, ex articoli 1325 n. 4 e 1418, comma 2 c.c.). La forma dei contratti può essere libera o solenne. La peculiarità del contratto di servizio che vede come parte una Amministrazione pubblica e regola un servizio pubblico rende opportuno, dove non obbligatorio per legge, l'utilizzo di una forma solenne. In particolare, nei contratti in cui sia richiesta dalla legge la forma solenne, la sua mancanza può, come accennato, dar luogo alla nullità del contratto stesso.

La forma solenne può assumere essenzialmente due vesti:

1) L'atto pubblico è “il documento redatto, con le richieste formalità, da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli fede nel luogo in cui l’atto è formato” (art. 2699 c.c.). “Esso fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che l’ha formato, nonché delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta essere avvenuti in sua presenza o da lui compiuti” (art. 2700 c.c.).

2) La scrittura privata va intesa come il documento scritto con qualsiasi mezzo (penna, dattilografia, stampa) e sottoscritto dai contraenti. La sua sottoscrizione ne rappresenta il connotato essenziale, perché costituisce il mezzo di identificazione e, al tempo stesso, un indizio del carattere serio e definitivo della dichiarazione. Essa deve essere effettuata personalmente dal dichiarante, con l’indicazione del nome e cognome, o anche del cognome o dello pseudonimo. Per il principio della cosiddetta conversione formale, l’atto pubblico, privo di qualche suo requisito, vale come scrittura privata, ove sia sottoscritta dalla parte (confronta art. 2701 c.c.).

I contratti della Pubblica Amministrazione di norma richiedono la forma solenne ed in particolare quella di atto pubblico. Tuttavia, data la peculiare natura giuridica del contratto di servizio, è frequente anche l’uso della scrittura privata autenticata.

2.1.3 L’allocazione dei rischi

L’allocazione dei rischi è un aspetto essenziale nel disegno di una Convenzione. E’ impossibile eliminare i rischi insiti nelle transazioni economiche complesse. Ciò che è possibile fare è prevederli, cercare di minimizzarli, allocarli in modo efficiente e disegnare strumenti per farvi adeguatamente fronte. Un’efficiente allocazione dei rischi consente di circoscrivere le possibilità di controversia e favorisce la bancabilità dell’affidamento, riducendo il costo d’uso del capitale e, in tal modo, le tariffe. Per allocazione efficiente si intende un’attribuzione che faccia ricadere il rischio sulla parte più in grado di prevenire la fattispecie associata e che ne faccia ricadere i costi sulla parte meglio in grado di farvi fronte.

Molti dei rischi cui incorre un gestore nello svolgimento complessivo del servizio (programmazione/pianificazione, fluttuazione della domanda, raggiungimento livelli di servizio, variazione costi operativi) sono già implicitamente governati da specifiche sezioni della Convenzione, in particolare dagli obblighi di servizio, dallo schema remunerativo, dalle regole in merito alla revisione periodica e straordinaria. A tali aspetti sono dedicati dei paragrafi specifici nel resto del rapporto. Uno dei principali rischi complessivi è il cosiddetto rischio regolatorio, ossia quello che deriva dalla possibilità che la pubblica amministrazione stabilisca delle tariffe troppo basse per garantire un equo rendimento. Tale rischio deriva dalla natura intrinseca dell’attività di regolazione, ma anche da Convenzioni di gestione troppo generiche e sommarie, prive delle necessarie salvaguardie procedurali. L’impatto del rischio regolatorio è particolarmente severo: maggiore premio richiesto dagli investitori, difficoltà di reperire fonti finanziarie attraverso meccanismi di finanza strutturata, generale aumento del costo del capitale. E’ opportuno limitare quanto più è possibile tale rischio, attraverso un disegno appropriato della Convenzione di gestione, che instilli certezza e prevedibilità alle decisioni regolatorie.

Oltre ai rischi complessivi, è possibile prevedere un’allocazione più fine di specifiche categorie di rischio. Alcuni rischi, legati strettamente alla transazione specifica, possono essere esplicitamente individuati in Convenzione, come ad esempio:

- Rischi legati alle condizioni iniziali degli impianti
- Rischi di costruzione e completamento
- Rischi legati al reperimento di fonti finanziarie
- Rischi legati alle scoperte archeologiche

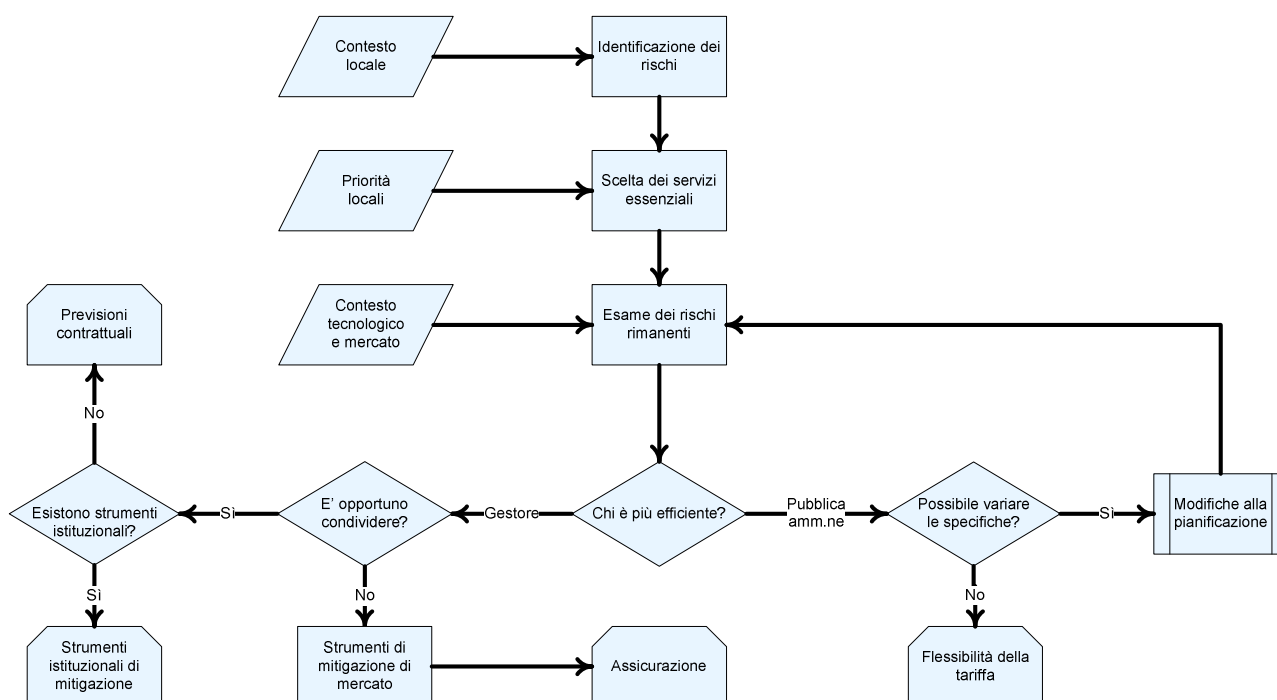
Le Convenzioni esistenti sono totalmente lacunose sotto questo profilo. Al contrario, per tali rischi occorrerebbe seguire un processo di analisi sequenziale che si basa sui seguenti tre passi:

- Identificazione e specificazione dei rischi
- Allocazione dei rischi in capo ai vari soggetti
- Disegno dei meccanismi di gestione dei rischi

Una volta identificati i principali rischi, occorre selezionare quali sono quelli associati a servizi essenziali, per i quali l'autorità pubblica è interessata a garantire sempre e comunque un determinato livello di prestazione. Tali rischi devono essere imputati alla collettività, in modo che il gestore sia sempre in grado di assicurare i servizi corrispondenti. Il successivo esame dei rimanenti rischi deve chiarire in capo a quale soggetto è più opportuno che il rischio stesso ricada. Se il rischio ricade sulla collettività, va verificato in che misura è possibile variare la pianificazione nel momento in cui la relativa fattispecie si verifica. Se non è possibile variare gli elementi di programmazione, l'unica soluzione per mitigare tali rischi è una variazione tariffaria.

Se è invece il gestore la parte più adatta ad affrontare il rischio, occorre compiere un'ulteriore verifica in merito alla possibilità di condividere i costi associati a tale rischio. Quando è fattibile e opportuno, si può ricorrere a meccanismi istituzionali (garanzie pubbliche, fondi di investimento) o, in caso contrario, predisporre delle specifiche previsioni contrattuali. Quando il gestore deve accollarsi il rischio, si può richiedere che questi stipuli adeguata copertura assicurativa. Per ciascuno dei rischi singolarmente individuati, vanno definite le procedure e le regole che ne governano la gestione. Il diagramma successivo illustra in maggiore dettaglio una possibile procedura per l'analisi e l'allocatione dei rischi, da seguire nella redazione della Convenzione.

Flusso decisionale per l'allocatione dei rischi specifici



Le Convenzioni dovrebbero prevedere che, qualora si verifichi una particolare circostanza, il gestore adotterà ogni misura necessaria per ridurre l'impatto sui livelli di servizio e/o per ripristinare il normale svolgimento delle attività connesse all'erogazione del servizio. A tal fine, il gestore dovrà comunicare all'AATO, entro un breve termine dal verificarsi dell'evento, le circostanze che hanno dato luogo al verificarsi dell'evento stesso, le conseguenze che ciò ha avuto sull'erogazione del servizio, e le misure che il gestore intende attuare per farvi fronte, inclusa una stima dei costi connessi e dei tempi necessari per ripristinare la corretta erogazione del servizio.

L'Autorità dovrà pronunciarsi anch'essa in tempi brevi in merito ad eventuali modifiche alle misure proposte che essa giudichi necessarie. Qui possono verificarsi tre casi, a seconda di come è allocato il rischio.

1) Nel caso in cui il rischio è attribuito esclusivamente in capo al gestore, la pronuncia dell'AATO ha un valore meramente consultivo. L'AATO non potrà opporsi alle proposte del gestore, salvo nei casi in cui queste siano palesemente contrarie al regolare svolgimento del servizio. Resta inteso che tali costi saranno ad esclusivo carico del gestore, che non potrà richiedere a tal proposito alcun compenso aggiuntivo.

2) Nel caso in cui il rischio ricade esclusivamente sulla collettività, se le parti non raggiungono un accordo in tempi brevi circa le misure da adottare, l'AATO deciderà in merito, esonerando il gestore dalle responsabilità connesse a tale scelta. In questo caso, il gestore sarà interamente rimborsato dei costi aggiuntivi in cui è incorso, attraverso la variazione dei ricavi regolati dell'anno successivo.

3) Nel caso in cui il rischio sia condiviso, qualora le parti non raggiungano un accordo la questione potrebbe essere deferita a uno o più esperti esterni. Il gestore dovrà proporre i nominativi di tre esperti. L'Autorità selezionerà quello/i di maggiore gradimento. L'esperto selezionato si pronuncerà entro un breve termine e il suo parere sarà vincolante. In questo caso, i maggiori costi sostenuti saranno ripartiti tra gestore e collettività, rimborsando al gestore una percentuale predeterminata dei maggiori costi attraverso una variazione dei ricavi regolati dell'anno successivo.

Dopo aver svolto le azioni necessarie e ripristinato le normali condizioni del servizio, il gestore dovrà comunicare all'AATO l'esito delle misure intraprese e i costi effettivamente sostenuti per farvi fronte. Quando il rischio ricade in tutto o in parte sulla collettività, è implicito da quanto detto che il meccanismo di compensazione del gestore è di tipo incrementale. Non si richiederà l'effettuazione di una revisione straordinaria completa, ma solo la quantificazione dei costi aggiuntivi (o alternativamente, della variazione dei flussi di cassa netti) e il corrispondente aggiornamento del volume dei ricavi regolati per l'anno successivo. Ciò al fine di ridurre i costi amministrativi legati alla rielaborazione dell'intero piano economico e finanziario.

2.2 *La pianificazione e il controllo delle prestazioni*

La riforma Galli ha fin dall'inizio mirato a distinguere il ruolo di pianificazione e controllo, da quello della gestione del servizio e della realizzazione degli investimenti. La pianificazione complessiva del periodo di affidamento avviene con la realizzazione del Piano di Ambito, ma nella definizione degli obblighi specifici di investimento, è emersa la prassi dei Piani Operativi, documenti che individuano dettagliatamente gli interventi da realizzare nell'orizzonte temporale di un periodo regolatorio. Tale prassi è sicuramente da incoraggiare, perché introduce un utile elemento di flessibilità nell'attività di pianificazione. Altrettanto importante è che tali Piani possano subire aggiustamenti in funzione delle circostanze, attraverso lo strumento della variante.

Riguardo al controllo, sinteticamente si possono distinguere tre forme:

- Controllo per progetti
- Controllo per spesa
- Controllo per obiettivi

La prima forma di controllo si configura come estremamente dirigista e non è in linea con lo spirito della riforma. Il controllo per spesa effettuata lascia maggiore flessibilità al gestore, ma rimane inadatto a consentire una gestione adeguata dei programmi di investimento rispetto all'evoluzione della domanda di quantità e qualità del servizio. In tale ottica, il ruolo del concessionario deve essere inquadrato non come quello di semplice esecutore di un compito, ma come quello del soggetto responsabile di raggiungere i più alti standard qualitativi e di efficienza dati i mezzi finanziari a disposizione e lo stato della tecnologia. A tal fine, l'ente concedente dovrebbe semplicemente definire gli standard di servizio che devono essere raggiunti, attuando un controllo per obiettivi e lasciando al gestore la libertà di individuare le misure più adeguate da mettere in atto. Ovviamente, va effettuata un'analisi preliminare di congruità degli interventi proposti dal gestore rispetto agli obiettivi stessi. Inoltre, il gestore deve essere adeguatamente incentivato a rispettare tali obblighi mediante una efficace opera di monitoraggio e un credibile sistema di sanzioni. La predefinizione degli obblighi di servizio in termini di chiari standard ha anche la funzione di rendere più trasparenti, di fronte agli utenti, i miglioramenti qualitativi attesi dalla gestione e rappresenta quindi anche un importante strumento per rendere più accettabili gli eventuali aumenti tariffari.

2.2.1 Elementi critici nella disciplina esistente

Riguardo all'aspetto di pianificazione, in molte delle Convenzioni esistenti, il 47% dei casi, non è previsto alcuno strumento operativo per gestire la sequenza degli investimenti tra diversi periodi regolatori. Nel 7% dei casi, è l'AATO stessa a predisporre un Piano operativo della durata del periodo regolatorio, mentre nel 27% delle Convenzioni tale Piano è predisposto dal gestore, ma l'AATO deve dare la propria approvazione esplicita. Il 19% delle Convenzioni prevede invece che il Piano sia predisposto dal gestore e approvato, anche tacitamente, dall'AATO. Delle tre, l'ultima sembra la più adatta, sia perché il gestore possiede migliori informazioni a riguardo, sia perché lo strumento del silenzio-assenso obbliga l'AATO a decisioni tempestive.

Rispetto al sistema di controllo, molte delle convenzioni esistenti si sono preoccupate di definire gli obblighi di prestazione del gestore in modo molto sommario, senza dare un particolare peso al problema dell'effettivo raggiungimento di miglioramenti qualitativi in termini di standard del servizio. Allo stesso modo, il monitoraggio di tali obblighi viene spesso definito in modo molto vago e le sanzioni sono in genere previste come eventuali e discrezionali, senza chiarire *ex-ante* né i casi, né le procedure con cui l'AATO può obbligare il gestore al pagamento di penalità.

In altri casi si è fatto lo sforzo di definire almeno degli standard generali da raggiungere, ma poi non si è stati capaci di organizzare un efficace flusso informativo che permetta all'AATO di controllare il loro effettivo raggiungimento. La previsione di ispezioni e controlli *ad hoc* risulta infatti una minaccia poco credibile, in quanto prevedibilmente verrà usata solo in caso di gravi inadempimenti già rilevati con altre fonti informative.

In altri casi ancora, la convenzione ha previsto fin dall'inizio la creazione di un sistema di incentivi basati su standard misurabili e relative sanzioni, ma ha rimandato la definizione specifica degli standard da raggiungere ad un secondo momento a causa della carenza di informazioni in cui si trovavano le parti dell'accordo nel momento della firma iniziale del contratto. Una tale previsione è piuttosto critica, in quanto obbliga l'ente concedente a negoziare tali standard con la controparte. Tali negoziazioni si sono rivelate spesso lunghe e a volte infruttuose: in alcuni ATO non è ancora possibile avere un quadro completo degli indicatori di prestazione del servizio. Inoltre, se il gestore è selezionato tramite gara, la possibilità di negoziare le sanzioni può influire sull'esito della gara stessa, premiando le aziende che ritengono di avere maggiori capacità di negoziare a proprio favore una volta assegnato il contratto, piuttosto che quelle maggiormente efficienti. Se invece si determinano nella fase di gara le penali e i rimborsi e si istituisce un meccanismo credibile di applicazione, si può sfruttare maggiormente l'effetto benefico della pressione competitiva e selezionare le imprese che ritengono di poter raggiungere più facilmente quegli obiettivi al minor costo.

Infine, in alcuni casi non sono ben chiarite le eventuali circostanze in cui il gestore è legittimato ad opporsi al pagamento della sanzione; spesso ad esempio non si capisce se essa era dovuta solo in caso di dolo, o se il gestore ha la possibilità di evitare la sanzione in caso riesce a dimostrare la sua diligenza. Una tale lacuna corre il rischio di aprire le porte ad un ampio contenzioso in tema di applicazione delle sanzioni. La predeterminazione delle sanzioni ha costituito un ulteriore problema. La loro entità raramente è stata commisurata al danno effettivo associato all'eventuale inadempimento. Ugualmente, spesso è mancata la predeterminazione dell'ammontare massimo delle penali che possono essere richieste al gestore, esponendo questi a rischi molto alti, che condizionano inevitabilmente la sua facilità di accedere al credito bancario.

Allo stesso tempo, solo in rari casi si è previsto il pagamento automatico del rimborso dovuto agli utenti in caso di non rispetto di standard nei servizi all'utenza da loro direttamente percepiti. Tali misure permetterebbero di far sentire gli utenti maggiormente tutelati e quindi più inclini a valutare positivamente la gestione del servizio nel suo complesso. La Carta del servizio è generalmente il luogo in cui tali rimborsi sono determinati, ma questa è negoziata all'inizio col gestore, per cui potrebbe incoraggiare comportamenti strategici in fase di gara e innescare infinite negoziazioni.

Ultima criticità riguarda la procedura per l'escussione della sanzione. In linea generale, vale il criterio per cui le penali vanno preferibilmente decurtate dal volume complessivo dei ricavi regolati, che il gestore ha diritto a riscuotere attraverso la tariffa. Tuttavia, in alcuni casi si è previsto che il riscontro degli inadempimenti e il pagamento delle sanzioni avvenga solo durante la revisione periodica. Ciò permette indubbiamente di ridurre i costi amministrativi di calcolo e applicazione delle penali, ma riduce il potere dell'ente concedente di influire sull'immediato incentivo del gestore a porre rimedio alle infrazioni commesse. Specialmente se il periodo regolatorio dovesse allungarsi da 3 a 5 anni, l'AATO perderebbe virtualmente per vari anni la possibilità di incentivare significativamente il gestore a rispettare determinati standard di qualità. Poi, in occasione delle revisioni, data l'elevata posta in gioco l'AATO subirebbe notevoli pressioni per contenere l'ammontare complessivo delle penali e determinare somme forfetarie. Occorre invece istituire un meccanismo quanto più automatico possibile e che abbia immediato impatto sul volume di ricavi conseguiti.

2.2.2 Linee guida

Per quanto riguarda gli aspetti di pianificazione, si è già detto che l'inclusione di una disposizione in merito alla predisposizione di Piani operativi, di durata pari a quella di un periodo regolatorio, presenta numerosi vantaggi in termini di flessibilità del complessivo programma degli interventi. La Convenzione dovrà quindi prevedere una procedura per la predisposizione e approvazione di tali Piani. Il gestore è sicuramente la parte più adatta a redigere il Piano, in virtù delle maggiori informazioni di cui gode. Nondimeno, potrebbe essere prevista una procedura di consultazione dei Comuni in merito ai contenuti complessivi del Piano, in modo da renderlo maggiormente confacente alle necessità locali.

Per quanto riguarda il sistema di controllo, in genere è auspicabile che la convenzione rimandi ad un allegato in cui sono individuati i diversi standard di servizio che il gestore è tenuto ad assicurare e per ciascuno di essi dovrebbe essere predefinito:

- il relativo indicatore
- il modo in cui è misurato e monitorato
- il livello che deve essere garantito (livello che può variare nel tempo)
- il meccanismo di determinazione della sanzione in base alla gravità dell'inadempimento
- gli eventuali casi in cui il gestore può opporsi all'escussione della sanzione

E' preferibile che l'insieme degli aspetti da monitorare non sia troppo vasto. È meglio definire meno obblighi ma essere certi che il loro adempimento sarà controllato attraverso una corretta definizione dei relativi indicatori e il loro costante monitoraggio. Vale la pena comunque istituire anche un sistema di controllo della qualità delle informazioni trasmesse dal gestore, che deve guardare alla tempestività, consistenza e completezza dei dati. Specifiche penali vanno associate alla intempestiva o incompleta comunicazione delle informazioni.

Le informazioni relative agli indicatori devono essere sistematicamente raccolte dal concessionario e annotate in appositi registri, ma possono pure derivare da indagini a campione dell'ente concedente o da dati raccolti direttamente dagli utenti. Nel caso in cui il concessionario non voglia o non sia capace di raccogliere e comunicare i dati di sua competenza, dovrà essere sanzionato come se la sua prestazione meritasse la massima penale assegnabile in quel periodo. In tal modo vi è comunque l'incentivo a comunicare gli obiettivi raggiunti, anche se non del tutto soddisfacenti. Alcune informazioni relative alla "qualità" percepita del servizio potrebbero invece essere raccolte da un soggetto terzo mediante indagini di *customer satisfaction*. Gli esiti di tali indagini dovrebbero essere associati a sanzioni, ma eventualmente anche a premi, purché di lieve entità. La loro maggiore funzione dovrebbe invece quella di una trasparente diffusione dei dati, in modo da far leva più sulla importanza dell'immagine esterna che sugli incentivi strettamente monetari.

Le penali associate agli inadempimenti non devono essere troppo alte, altrimenti la loro applicazione risulta poco credibile e la loro funzione di disincentivo si indebolisce. Occorre chiarire in Convenzione sia come vengono calcolate le penali, sia quando verranno applicate. Per il calcolo, non è generalmente consigliabile che l'AATO abbia un'elevata discrezionalità, tanto nel classificare la gravità di un'infrazione, quanto nel determinare l'ammontare delle penali. Piuttosto, è bene precisare un algoritmo per il calcolo delle penalità, in modo da ridurre la discrezionalità nella determinazione delle stesse e aumentare la prevedibilità dei flussi di cassa.

Nella definizione delle penali associate al mancato raggiungimento di standard tecnici e gestionali, ci si deve rifare ai tre seguenti principi:

- Completezza: è necessario stabilire una penale per ciascuno degli standard di prestazione che sono stati stabiliti.
- Importanza: l'ammontare delle penali deve variare in funzione del grado di desiderabilità dell'obiettivo, a cui deve essere associato un preciso ammontare di ricavi regolati.
- Proporzionalità: la penale deve essere commisurata alla gravità dell'infrazione, al danno prodotto dall'inadempimento e al ritardo nel raggiungimento dello standard.

Il controllo dell'Autorità si sostanzia nella verifica del raggiungimento degli indicatori e nell'eventuale applicazione di penali in base alla formula stabilita. Può essere opportuno che le penali non siano direttamente "lineari" nel livello di inadempimento. Infatti, un significativo inadempimento deve essere sanzionato molto più duramente di uno piccolo. Può essere opportuno anche porre un tetto al massimo all'ammontare complessivo delle penali che può essere addebitato ad un gestore in un anno (e tale somma dovrebbe corrispondere alla sua cauzione su cui il committente può automaticamente rivalersi in qualunque momento) e un massimo complessivo per tutto il periodo regolatorio. Infatti, se vi sono molte violazioni, il problema potrebbe non essere il comportamento del gestore ma piuttosto risiedere in altri aspetti, come la programmazione. Ovviamente se gli inadempimenti sono così gravi da meritare sanzioni ancora maggiori il committente può valutare se sia il caso di risolvere il contratto o di rinegoziare i termini tariffari per gli anni futuri.

Un fattore cruciale è quello della predefinizione degli standard da raggiungere e quindi del livello di ogni singolo indicatore che assicura l'adempimento dell'obbligo contrattuale. È inevitabile che in una prima fase sia difficile stimare i risultati qualitativi attesi da una nuova gestione. Nel caso in cui l'affidamento avvenga mediante gara si potrebbe chiedere alle imprese di formulare delle specifiche proposte in proposito nella fase competitiva. Altrimenti si può ricorrere a delle analisi comparative fra gestori. Sta di fatto che all'inizio è necessario garantire una certa elasticità nel gestire il sistema dei controlli e delle sanzioni, ma è molto importante che comunque si fissi un punto di partenza prima che la gestione inizi. Una certa flessibilità potrebbe essere data anche dall'ammissione di eventuali compensazioni fra standard non raggiunti e standard superati ben oltre il livello richiesto. Tale meccanismo dovrebbe servire ad aiutare il gestore ad attenuare il peso di eventuali penali all'inizio e a ricalibrare meglio l'insieme degli standard da raggiungere, ma dovrebbe essere abbandonato quando la concessione sarà a regime. Infine, i rimborsi automatici agli utenti da inserire nella Carta del servizio dovrebbero essere preventivamente negoziati con le associazioni rappresentative e determinati prima dell'inizio dell'affidamento.

La convenzione dovrebbe pure elencare in modo esaustivo le giustificazioni a cui il concessionario può ricorrere per contestare il pagamento di una penale che gli sia stata addebitata e la procedura con cui ciò dovrebbe avvenire. In assenza di giustificazioni valide, è il concessionario stesso che deve denunciare al committente il mancato raggiungimento dello standard richiesto.

La verifica delle prestazioni e la determinazione delle infrazioni sono attività che dovrebbero essere svolte ogni anno. Anche le penali dovrebbero essere escuse in quell'occasione, salvo quelle correlate a disservizi diretti all'utenza, che dovrebbero essere automaticamente rimborsate in bolletta. Per favorire l'indipendenza delle operazioni, è meglio separare il controllo dell'adempimento degli obblighi contrattuali dalla revisione e da eventuali rinegoziazioni dell'accordo iniziale; a tal fine potrebbe anche essere opportuno che gli uffici responsabili del controllo del gestore siano diversi da quelli che operano la revisione periodica e che i due momenti siano distanti nel tempo, sempre per ridurre o diversificare eventuali pressioni del gestore. Poiché le informazioni sulle prestazioni in un anno sono generalmente disponibili a metà dell'anno successivo, all'incirca verso il mese di giugno, quello è il momento appropriato per il calcolo delle sanzioni che andranno ad incidere sul volume dei ricavi dell'anno seguente. Tale ammontare verrà poi preso alla fine dell'anno come un dato fisso al momento di applicare la variazione per l'inflazione e calco-

lare la tariffa dell'anno successivo. Il controllo sulla qualità delle informazioni può invece essere svolto sui dati dell'anno in corso.

Il suddetto meccanismo dovrebbe favorire l'automatismo nell'applicazione delle penali e, anche se vi è un ritardo temporale nell'applicazione delle sanzioni, garantisce pur sempre tempi inferiori rispetto a quanto si verificherebbe nel caso le penali fossero escusse durante la revisione periodica. Si potrebbe infine istituire un meccanismo differenziato, in cui ogni anno sono verificati gli standard tecnici e gestionali, mentre nell'anno della revisione periodica è condotta un'indagine sulla soddisfazione complessiva degli utenti durante i primi sei mesi dell'anno. La relativa penale, eventualmente associata a tale indicatore, sarà sempre calcolata ad esempio a giugno e poi applicata a fine anno durante la revisione periodica. Per concludere, le penali in cui il gestore è incorso nell'ultimo anno della gestione vanno rimosse attingendo alla cauzione versata dal gestore, come approfondito nel paragrafo dedicato al calcolo del valore residuo da corrispondere al gestore uscente.

2.3 Le condizioni economiche

La legge Galli ha introdotto il *full cost-recovery principle*, secondo cui la tariffa prevista nei piani finanziari dei singoli ATO doveva coprire per intero i costi del servizio idrico. In questo senso molte Convenzioni hanno giustamente introdotto nei loro testi la necessità di garantire l'equilibrio economico finanziario delle gestioni, nel senso che le tariffe riconosciute al gestore dovevano essere soggette a variazione qualora vi fossero eventi che incidessero su qualcuna delle voci di costo.

Tale principio è però soggetto a due diverse interpretazioni: secondo una formula più garantista, la tariffa dovrebbe coprire tutti i costi effettivamente sostenuti dal gestore, a meno che non siano associati ad evidenti e comprovabili sprechi. In tal caso la tariffa dovrebbe essere riallineata ai costi a consuntivo ogni volta che le previsioni se ne discostassero in modo significativo. Una interpretazione più incentivante invece richiede che l'equilibrio economico e finanziario sia garantito solo a livello di piano previsionale, lasciando al gestore l'onere di evitare che i costi effettivi superino il livello dei ricavi garantiti: in tal caso il gestore sopporta un rischio, ma allo stesso tempo ha la possibilità di realizzare degli extra-profitti, nel caso in cui si dimostri capace di considerevoli recuperi di efficienza produttiva.

Il Metodo normalizzato, emanato con D.M. 01/08/1996, è stato giustamente definito come un *revenue cap*: la scelta di regolamentare il totale dei ricavi piuttosto che la tariffa media dell'acqua era dovuta alla necessità di incentivare il gestore al contenimento dei consumi, rendendo i suoi ricavi indipendenti dal livello di acqua effettivamente fatturato. Per quanto riguarda invece la filosofia di fondo del metodo, l'imposizione di un tetto ai ricavi mirava ad incentivare il gestore ad ottenere degli incrementi di produttività garantendogli che eventuali risparmi di costo rispetto a quelli pianificati avrebbero permesso dei maggiori profitti, secondo la logica usuale dei metodi *price-cap*.

In realtà questa filosofia era chiaramente esplicita solo rispetto alla voce dei costi operativi: in esso infatti si richiedeva alle singole AATO di calcolare i costi operativi di riferimento e si imponeva che i costi operativi riconosciuti in tariffa non potessero essere più del 30% più alti di tale valore, salvo motivate eccezioni autorizzate dal Coviri. Inoltre, il metodo disciplinava che i recuperi di efficienza previsti nelle tariffe degli anni successivi fossero proporzionali al livello di scostamento fra i costi operativi riconosciuti e quelli di riferimento. In merito a questo aspetto vi era quindi un chiaro intento incentivante.

Diversa era la disciplina degli ammortamenti e della remunerazione del capitale investito. In tale caso si prevedeva che la tariffa ricomprendesse gli ammortamenti degli investimenti calcolati secondo i principi contabili prescelti e con il solo limite massimo delle aliquote previste dalla normativa fiscale. L'interpretazione che molte AATO hanno dato a tale articolo è stata quella di inserire in tariffa gli ammortamenti di tutti gli investimenti realizzati sulla base della spesa effettiva, piuttosto che di quella inizialmente prevista. Infine, per quanto riguarda la remunerazione del capitale investito, si prevedeva che la tariffa riconoscesse un 7% al lordo delle tasse. Appare quindi evidente come rispetto a questi aspetti il metodo seguisse una filosofia di completa copertura dei costi, più affine ad una regolazione *rate of return* che ad una di tipo *price cap*.

La definizione contrattuale del corrispettivo a cui ha diritto il gestore è quindi soggetta alla disciplina definita dal metodo che dovrebbe essere periodicamente aggiornato dal Coviri. Questo aspetto quindi, come illustrato nel paragrafo 1.2 è in parte sottratto alla volontà delle parti. Ciò nonostante, allo stato attuale dei fatti è importante che la Convenzione vi dedichi alcuni appositi articoli per disciplinare quegli aspetti che il metodo tariffario in vigore non definisce in modo univoco.

2.3.1 Elementi critici nella disciplina esistente

L'attuale metodo ha mostrato nel tempo la presenza di vari punti difficili da interpretare, di alcune lacune e di alcune scelte criticabili. Per questo motivo già nel 2002 il Coviri aveva predisposto una prima proposta di aggiornamento che non è però mai stata emanata dal competente Ministero. Adesso è in atto la formulazione di una nuova proposta che cerca di affrontare le diverse criticità emerse e di cui illustreremo alcuni aspetti.

Rispetto alla definizione dell'ammontare della tariffa, le maggiori criticità emerse sono associate al computo degli ammortamenti e alla eccessiva rigidità del tasso di remunerazione. Per quanto riguarda il primo aspetto, il Metodo normalizzato dispone che gli ammortamenti siano calcolati utilizzando come aliquota massima quella fiscale relativa a ciascun cespite. Pertanto, il tema degli ammortamenti per il calcolo della tariffa esula, in linea di principio, dai contenuti specifici della Convenzione di gestione. Il luogo più appropriato per affrontare tale questione è, appunto, il Metodo normalizzato o, più specificamente, le linee-guida contabili. Inoltre, sarebbe opportuno che ciascuna AATO, sulla base di tali indicazioni, predisponga un allegato contabile alla Convenzione. La ragione per la quale si affronta la questione degli ammortamenti in questa sede è che è stata riscontrata una certa variabilità tra le Convenzioni siglate. Mentre l'80% circa di queste non fornisce alcuna indicazione in merito e l'8% specifica che le aliquote utilizzate saranno quelle fiscali, vi è un caso in cui nel documento contrattuale è specificato che gli ammortamenti sono calcolati in base alla vita utile dei cespiti, quindi un periodo di tempo più lungo, e quattro casi in cui l'ammortamento previsto è del tipo finanziario (o anticipato). In questo caso, l'ammortamento di ogni cespite si esaurisce nel periodo di affidamento.

Alla luce di ciò, è utile segnalare che, mentre l'ammortamento in base alla vita utile dei cespiti ripartisce il costo dell'investimento in maniera più equa dal punto di vista intergenerazionale, in misura anche maggiore rispetto all'ammortamento fiscale, l'ammortamento finanziario fa gravare questi costi solo sulla generazione presente e rappresenta quindi un sussidio di questa a beneficio delle generazioni future. La motivazione che può aver spinto alcune AATO a introdurre l'ammortamento finanziario è quella di favorire la bancabilità del Piano di ambito. Con l'ammortamento finanziario, infatti, si elimina il problema del pagamento del valore residuo degli impianti al termine dell'affidamento e, in questo modo, si annulla il rischio connesso. Tuttavia, tale metodo rappresenta un indebito trasferimento intergenerazionale e, pertanto, dovrebbe essere evitato.

Per quanto riguarda invece la remunerazione del capitale investito, il metodo attuale si caratterizza per la scelta di un tasso unico, del 7%, che appare poco idoneo a disciplinare realtà molto diverse fra loro e ad assorbire eventuali eventi impreveduti sul mercato dei capitali. La prima proposta di revisione prevedeva una definizione del tasso più flessibile, garantendo uno spread del 3,5% rispetto all'Interest Rate Swap (IRS) a 15 anni valutato al momento dell'approvazione del piano. La proposta attuale potrebbe rendere ancora più flessibile tale tasso, prevedendo che ogni AATO possa scegliere uno spread maggiore o minore sulla base delle necessità locali, magari entro termini massimi e minimi decisi dal Coviri. Inoltre sarebbe opportuno che tale tasso possa essere aggiornato in fase di revisione ordinaria della tariffa sulla base dell'andamento dell'IRS nel tempo. Le convenzioni dovranno quindi disciplinare tale aspetto in modo più puntuale, definendo uno spread che tenga conto della rischiosità della gestione e prevedendo i criteri di aggiornamento di tale tasso.

Per quanto riguarda l'articolazione tariffaria, essa riveste anche una funzione politica in quanto concerne l'allocazione dell'onere economico della fornitura del servizio sulle diverse categorie di utenza. Per questo motivo è opportuno che tale articolazione sia decisa dall'ATO, e non dal

gestore come previsto in alcune delle convenzioni esistenti. Ovviamente, il gestore deve collaborare fornendo delle stime dei consumi per fasce di utenza che permettano di articolare la tariffa media garantendo di raggiungere il livello dei ricavi previsti nel piano finanziario.

Gli obiettivi principali delle proposte contenute nella bozza di revisione del metodo tariffario mirano a eliminare la tariffa agevolata prevista indistintamente per tutti gli utenti, garantendo al contrario le utenze deboli mediante agevolazioni attribuite con il meccanismo ISEE, e a passare alla definizione di scaglioni di consumo basati non più sul consumo per utenza, ma su quello per abitante, in modo da tutelare maggiormente le famiglie numerose. Entrambe le proposte appaiono condivisibili, ma anche in questo caso è auspicabile che il metodo si limiti a definire dei principi e lasci alle AATO la loro specifica implementazione. La convenzione dovrà opportunamente disciplinare le modalità con cui l'AATO potrà disciplinare questo aspetto e gli obblighi e i diritti del gestore connessi alla implementazione della articolazione stessa.

Infine, si devono sottolineare alcune criticità associate alla dinamica intertemporale della tariffa. Il metodo mirava principalmente a garantire: i) che le variazioni tariffarie da un anno all'altro fossero gradualità, per cui la tariffa media non poteva aumentare oltre un certo limite predefinito K; ii) che al gestore fosse garantito il recupero dell'inflazione, mediante un adeguamento *ex-ante* della tariffa basato sull'inflazione programmata; iii) che il gestore fosse incentivato ad aumentare l'efficienza, tenendo conto del fatto che ogni anno i costi riconosciuti venivano diminuiti di una percentuale X predefinita.

Molte convenzioni hanno inserito nelle clausole la definizione di K per tutta la durata della concessione. La proposta di revisione del metodo propone invece di lasciare le AATO libere di determinare tale valore all'inizio di ogni periodo di revisione tariffaria. Ovviamente, il limite minimo e massimo dovranno essere prefissati dal Coviri ed eventuali superamenti dovranno essere preventivamente autorizzati dal Coviri stesso.

L'aggiornamento della tariffa di piano secondo l'inflazione programmata pone due ordini di problemi: il primo è contabile ed è dovuto al fatto che non esistono previsioni dell'inflazione oltre i tre anni (di solito contenute nel DPEF), per cui sarebbe più corretto fare dei piani a moneta costante e controllare che il limite K operi sui valori, e poi "inflazionarli" solo in un secondo momento. Il secondo problema riguarda il riconoscimento dell'inflazione programmata piuttosto che di quella effettiva. Ciò pone in carico al gestore un rischio che non dipende dalle sue scelte e può risultare quindi poco opportuno.

Infine, per quanto riguarda la definizione del valore di X con cui sono decurtati nel tempo i costi operativi riconosciuti, le convenzioni esistenti sono spesso risultate piuttosto deficitarie nel definire i criteri con cui tale valore viene aggiornato nel tempo. L'attuale proposta di revisione del metodo prevede che il Coviri definisca ogni 5 anni il limite minimo e massimo di tale valore e starà poi alle AATO l'individuazione dei criteri con cui definire ad ogni revisione ordinaria l'esatto recupero di produttività richiesto alle aziende.

2.3.2 Linee guida

Le convenzioni in buona parte dovranno semplicemente riportare le previsioni del metodo tariffario e quindi non vi è molto spazio per ulteriori suggerimenti rispetto a queste clausole. Si vuole qui di seguito solo segnalare come le AATO potrebbero disciplinare alcuni aspetti che il metodo potrebbe lasciare alla loro definizione di dettaglio.

Pass-through. Si è visto che attualmente il metodo riconosce l'aggiornamento tariffario in base all'inflazione programmata. Tale regola addossa al gestore il rischio di scostamenti fra tale tasso di inflazione e il reale aumento dei costi che questi sopporta. L'AATO potrebbe allora valutare l'opportunità di costruire degli appositi indici legati alla variazione del prezzo di specifici input i cui costi siano soggetti a forti variazioni, come l'energia e i chimici. Tali indici potrebbero essere utilizzati per aggiornare automaticamente i costi operativi riconosciuti, se il metodo lo consentisse. Altrimenti, se il metodo impone solo il riconoscimento dell'inflazione programmata, tali indici potrebbero essere utilizzati in fase di revisione ordinaria per ridefinire i costi operativi futuri e i relativi recuperi di produttività. È evidente che se un gestore si trova a fronteggiare aumenti dei suoi input maggiori rispetto a quelli riconosciuti avrà minori spazi per la riduzione complessiva dei suoi costi.

Ammortamenti. Il metodo più appropriato, utilizzato anche dall'AEEG per gli investimenti nel settore della distribuzione del gas, è quello dell'ammortamento in base alla vita utile. Tuttavia, viste le ingenti necessità di investimento del settore idrico e delle difficoltà riscontrate nel reperimento di capitali a tal fine, l'ammortamento fiscale rimane un valido compromesso.

Tasso di remunerazione del capitale. Se il nuovo metodo tariffario introdurrà un tasso di remunerazione variabile, con uno spread fissato rispetto ad un tasso di mercato deciso in maniera autonoma dai due contraenti, vi è la necessità di indicare come tale spread sarà deciso. Tale spread dovrà tenere conto della rischiosità dell'investimento, che è certamente maggiore negli ATO in cui vi siano molti investimenti da realizzare e bassi livelli tariffari iniziali. In caso di affidamento tramite gara, tale valore potrebbe essere richiesto alle imprese candidate durante la fase competitiva, in modo da far emergere in modo trasparente le loro previsioni dei costi del capitale a cui andranno incontro.

Recupero di efficienza. Secondo l'attuale proposta di revisione del metodo, anche il recupero di produttività X dovrà essere deciso in modo discrezionale dall'AATO all'interno di un intervallo predefinito dal Coviri. La convenzione dovrà stabilire i criteri con cui tale percentuale verrà definita ad ogni revisione ordinaria, in modo da diminuire l'arbitrarietà dell'AATO e la possibilità che sorga un contenzioso. Anche in questo caso, se l'affidamento avviene tramite gara, si possono utilizzare le offerte dei candidati per far emergere nella fase competitiva la loro proposta di recupero di efficienza per il primo periodo. Altrimenti ci si può basare sulla differenza fra costi di riferimento e costi riconosciuti, come fatto dal metodo vigente. Per quanto riguarda l'aggiornamento di tale valore, si potrebbe associarlo al controllo sulle prestazioni e all'eventuale attività di *benchmarking* che il Coviri potrebbe intraprendere in futuro. Gestori meno capaci di fornire prestazioni qualitative di buon livello potrebbero essere penalizzati con riduzioni più forti dei costi riconosciuti. Ugualmente, gestori con indicatori di costo sopra la media dovrebbero essere maggiormente incentivati a ridurre le proprie spese.

2.4 *L'equilibrio economico e finanziario*

L'inserimento di una clausola relativa all'equilibrio economico e finanziario ha lo scopo di garantire che il gestore sia sempre in grado di finanziare le attività connesse all'erogazione del servizio, in osservanza ai principi di efficacia, efficienza ed economicità.

Il concetto di equilibrio economico e finanziario si sostanzia nelle due seguenti condizioni.

- Fissati preventivamente i costi di gestione e il livello annuale degli investimenti, i proventi della tariffa devono essere sufficienti affinché il Gestore operi senza incorrere in perdite e ottenga un adeguato rendimento sul capitale investito, nel breve, medio e lungo periodo (equilibrio economico).
- I flussi di cassa (*cash flows*), intesi come saldo tra fonti e impieghi annuali, devono consentire al Gestore di far fronte in ogni momento alle uscite monetarie attraverso le entrate (equilibrio finanziario).

L'Autorità ha il compito di verificare di anno in anno e su tutto il periodo di affidamento, la sostenibilità dei livelli tariffari in relazione agli investimenti previsti nel piano degli interventi e ai costi stimati ad inizio periodo. Qualora ciò non si verifichi, l'Autorità è chiamata ad operarsi affinché l'equilibrio sia ristabilito, utilizzando uno o più degli strumenti a sua disposizione. Tale elemento è particolarmente importante ai fini della riduzione del rischio regolatorio, poiché è l'elemento che garantisce complessivamente la prevedibilità dei flussi economici e finanziari.

2.4.1 Elementi critici nella disciplina esistente

Le Convenzioni esistenti sono particolarmente lacunose su questo tema. Nel 40% circa delle Convenzioni analizzate, non vi è alcuna menzione circa l'equilibrio economico e finanziario. In alcune di esse, prevalentemente laddove il gestore è un'impresa totalmente pubblica, si legge che "il gestore è obbligato a mantenere l'equilibrio economico e finanziario". Ma, al contrario, è l'AATO a dover garantire, attraverso la fissazione della tariffa, che il gestore percepisca dei ricavi sufficienti a mantenere l'equilibrio. Pertanto, tali Convenzioni sono da considerarsi come se la clausola di equilibrio non fosse presente. Inoltre, l'equilibrio da garantire al gestore è da intendersi in termini prospettici, non in qualunque circostanza, altrimenti si annulla l'incentivo all'efficientamento. Solo il 15% delle Convenzioni analizzate rispetta tale condizione, mentre il rimanente 25% sembra garantire l'equilibrio anche *ex-post*, indipendentemente dal livello di efficienza del gestore. Tuttavia, anche in quel 15% in cui il principio dell'equilibrio è definito correttamente, non vi è alcun riferimento utile a determinare l'eventuale scostamento e le misure correttive, per cui la valutazione è demandata al libero arbitrio dell'AATO o all'accordo tra le parti, con i consueti problemi di possibile espropriazione, ingerenza e sbilanciamento del potere negoziale.

2.4.2 Linee guida

L'obiettivo di garantire l'equilibrio economico e finanziario in sede di programmazione deve essere perseguito non perdendo mai di vista il perno su cui deve ruotare la gestione del servizio, rappresentato dai tre principi di efficienza, efficacia ed economicità. Ciò significa che solo preventivamente, e a condizione che il servizio sia gestito con efficienza, efficacia ed economicità, l'AATO è tenuta a garantire l'equilibrio economico e finanziario. Tali considerazioni valgono indipendentemente dall'assetto proprietario del gestore. Una volta compiute le stime, se la tariffa è sufficiente a garantire tale equilibrio, nessun altro compenso deve essere concesso *ex post* al gestore.

Fanno eccezione le circostanze che danno luogo a conguagli autorizzati, come chiarito in merito alla revisione ordinaria, nonché i casi di forza maggiore e/o il verificarsi di eventi al di fuori del controllo del gestore. Lo scostamento dall'equilibrio economico e finanziario, affinché sia riconosciuto come tale, non deve essere imputabile a colpa o dolo o inefficienza del gestore. Potrebbe anche essere lasciato al gestore il compito di avanzare proposte per il ristabilimento dell'equilibrio, proposte che andranno comunque vagliate e approvate dall'AATO prima di essere intraprese.

La Convenzione deve specificare quale procedura occorre seguire per l'accertamento delle circostanze che richiedono misure di riequilibrio. Il gestore dovrebbe inoltrare richiesta all'AATO di attivazione della procedura di riequilibrio, detta anche "revisione di emergenza". La richiesta deve contenere l'esatta precisazione dei presupposti e delle ragioni che comportano o comporterebbero un'alterazione e un'indicazione delle possibili misure per farvi fronte. La valutazione della sussistenza o meno di uno squilibrio, ovvero del rischio che l'equilibrio venga meno, verrà effettuata dall'AATO in contraddittorio con il gestore. L'AATO deve pronunciarsi entro un termine stabilito e tendenzialmente breve (ad esempio 10 giorni), in merito al riconoscimento o meno di una situazione di squilibrio. Potrebbe essere opportuno coinvolgere un esperto con funzioni di arbitraggio, qualora non si raggiunga un accordo. Vanno poi specificate le azioni che saranno intraprese se l'equilibrio viene meno, le procedure necessarie per l'attivazione delle misure di riequilibrio, le conseguenze di un eventuale disaccordo tra l'AATO e il gestore.

Di solito, gli strumenti utilizzabili per il riequilibrio comprendono in parte le verifiche necessarie per effettuare la revisione periodica. E' possibile anche rimodulare il piano degli interventi o il pagamento del canone, rivedere l'articolazione tariffaria o modificare le tariffe di determinate tipologie di utenti. O più semplicemente aumentare il volume dei ricavi regolati di un ammontare pari ai maggiori esborsi, oppure sufficiente a ristabilire flussi di cassa adeguati. Va garantito un ampio menù di soluzioni, dalla flessibilità di prezzo a quella di quantità (in questo caso, investimenti), che al contrario degli aggiustamenti di prezzo, sono meno soggetti a manipolazioni strategiche. Una di queste misure è l'estensione della durata dell'affidamento, come soluzione di ultima *ratio*, quando occorre prevenire repentini impatti sull'utenza. E' nondimeno essenziale circoscrivere attentamente tale eventualità, per non ingenerare difficoltà nel reperimento di fonti finanziarie. E' altresì opportuno prevedere che, qualora l'AATO, dopo aver riconosciuto una situazione di squilibrio economico-finanziario, si rifiuti di procedere ad una misura di riequilibrio o non lo faccia entro un determinato lasso di tempo (ad esempio 6 mesi), il gestore abbia la facoltà di recedere dalla Convenzione.

Infine, per limitare la discrezionalità dell'AATO e prevenire eventuali comportamenti opportunistici da parte del gestore, sarebbe opportuno che il concetto di equilibrio economico-finanziario fosse legato a delle precise valutazioni quantitative, da includere in un Piano economico e finanziario, predisposto all'inizio dell'affidamento e allegato alla Convenzione. Occorre riferirsi a degli indicatori specifici, di tipo sia economico, come il tasso interno di rendimento (TIR), sia finanziario, come il Debt Service Cover Ratio (DSCR). Il valore obiettivo di tali parametri dovrebbe essere quello calcolato all'inizio dell'affidamento, sulla base del Piano di Ambito originario. Nel caso di coinvolgimento dei privati, potrebbe essere opportuno specificare in fase di gara l'obbligo di sottoporre il Piano economico-finanziario sottostante la determinazione dell'offerta d'asta, strutturato secondo un modello di calcolo standard predisposto dall'AATO e allegato al disciplinare di gara. I valori soglia degli indicatori TIR e DSCR inseriti in Convenzione per il riconoscimento di uno squilibrio economico-finanziario sarebbero così quelli risultanti dal Piano presentato dal gestore selezionato. Ciò avrebbe il duplice effetto di determinare dei valori credibili e ragionevoli per tali indicatori e di mantenere invariate, in termini di equilibrio complessivo dell'affidamento, le condizioni concorrenziali determinatesi in fase di gara.

2.5 La revisione periodica

La necessità di aggiornare periodicamente i termini dell'affidamento deriva dal fatto che le condizioni economiche e tecnologiche in cui opera il gestore possono variare nel tempo in maniera anche significativa. Nel lungo periodo, qualsiasi contratto richiede un aggiustamento dei parametri, al fine di compensare variazioni nei prezzi, profitti eccessivamente bassi o elevati, *shock* imprevisi, cambiamenti nelle priorità della collettività. L'inserimento di una clausola concernente la revisione periodica consente alle parti di poter introdurre il più importante tra i fattori di flessibilità di una Convenzione di gestione. Lo scopo principale è di riallineare la tariffa ai nuovi costi stimati, alla luce dei cambiamenti intercorsi durante il precedente periodo regolatorio, con l'intento di perseguire la più elevata efficienza allocativa.⁵ Tuttavia, tale flessibilità deve essere vincolata a specifici criteri, per evitare negoziazioni opportunistiche. Per tale motivo, è essenziale che la Convenzione disciplini in dettaglio la procedura che occorre seguire durante la revisione periodica.

Si tratta, in particolare, dei tempi per l'elaborazione della proposta dell'AATO, delle modalità e dei criteri di calcolo, dei meccanismi di consultazione del gestore ed eventualmente delle altre parti sociali, dei rimedi a disposizione del gestore per il ricorso contro la decisione dell'AATO, delle conseguenze di un eventuale disaccordo in merito alle condizioni economiche definite con la revisione. Molte di queste disposizioni possono essere contenute in allegati contabili, che però devono essere definiti prima dell'inizio dell'affidamento, specialmente nei casi di coinvolgimento di azionisti privati. Potrebbero anche essere predisposte dal COVIRI delle linee guida specifiche in materia. In entrambe le circostanze, è di fondamentale importanza non trascurare di esplicitare una scelta in merito ai principali aspetti della revisione. Si è pertanto deciso di fornire dettagliate previsioni a riguardo, di modo che possano essere di aiuto per la definizione dei relativi documenti.

2.5.1 Elementi critici nella disciplina esistente

Le Convenzioni vigenti sono particolarmente carenti sotto il profilo della disciplina della revisione periodica. Nessuna di esse prevede una procedura strutturata. Neppure il Metodo normalizzato è sufficientemente chiaro a proposito.⁶ Tale situazione è giudicata in maniera critica dalla maggior parte degli osservatori e degli operatori.

Alcuni aspetti della revisione sono affrontati singolarmente nelle Convenzioni esistenti, ma spesso in maniera disorganica. Relativamente alla spesa per investimenti, le Convenzioni esistenti nel 34% dei casi sono silenziose o rimandano genericamente al Metodo normalizzato; nell'8% dei casi prevedono un controllo su tale spesa solo in caso di inadempimento degli obblighi di prestazione; nel 20% dei casi è effettuato un conguaglio sia che la spesa risulti inferiore, sia che risulti superiore a quanto programmato; infine, nel 37% delle Convenzioni si effettuano rettifiche solo se la spesa effettuata è inferiore, lasciando al gestore l'intero rischio di maggiori costi associati agli investimenti. Nessuna delle soluzioni suddette appare quella ottimale, poiché non si forniscono al gestore gli incentivi corretti alla pianificazione degli investimenti e alla loro realizzazione.

⁵ Sinteticamente, l'efficienza allocativa si ottiene quando la tariffa è commisurata al costo di fornitura del servizio. In un regime a prezzo fisso (determinato *ex ante*) e periodo regolatorio esogeno, come quello vigente nel SII, lo sforzo di contenimento dei costi operato dal gestore tende a far divergere la tariffa dai costi effettivamente sostenuti. La revisione periodica ha quindi lo scopo di riallineare la tariffa a tali costi.

⁶ All'art. 8, comma 1, punto 8, il Metodo si limita a stabilire l'obbligo di procedere a "revisione triennale per la verifica dei miglioramenti di efficienza, per la verifica della corrispondenza della tariffa media rispetto alla tariffa articolata, per la verifica del raggiungimento dei traguardi di livello di servizio ovvero dell'effettuazione degli investimenti".

Riguardo ai conguagli a favore o a sfavore del gestore, la situazione esistente è estremamente variegata. Rispetto ai conguagli sugli incassi, poco meno del 30% delle Convenzioni ad oggi siglate non prevede alcuna disposizione specifica, mentre nel 37% dei casi è esplicitamente vietato un conguaglio sugli incassi. Tale previsione non è opportuna, poiché il gestore non determina solitamente l'articolazione tariffaria, per cui è possibile che un'errata articolazione provochi delle variazioni sugli incassi che vanno compensati. Ancora, il 13% ammette conguagli in qualsiasi circostanza, mentre solo il 20% delle Convenzioni ammette conguagli in caso di errata articolazione tariffaria.

Per quanto riguarda i conguagli sui ricavi, nel 46% dei casi le Convenzioni non prevedono alcuna disciplina o si limitano ad effettuare un generico rimando al Metodo normalizzato o a future determinazioni. Nel 42% dei casi è ammesso un conguaglio sui ricavi, ma solo se lo scostamento supera un dato ammontare e solo per l'eccedenza rispetto a tale ammontare (meccanismo della franchigia). Infine, nel 12% dei casi, è ammesso un conguaglio se lo scostamento supera un certo ammontare, ma è riconosciuto per l'intero scostamento (meccanismo della soglia). Va notato che il meccanismo della franchigia deve essere associato necessariamente all'attribuzione in capo al gestore della responsabilità di effettuare le previsioni dei volumi erogati. In caso contrario, il gestore rischia di assumersi un rischio sul quale non ha pieno controllo. Ad ogni modo, in nessuna delle Convenzioni vigenti si prevede come e quando tali conguagli vadano effettuati.

Per ciò che concerne la verifica sui costi operativi, al momento nessuna Convenzione stabilisce una procedura e solo il 20% circa di esse prevede esplicitamente una regola di condivisione con gli utenti dei risparmi di costo. Di queste, la metà prevede un trasferimento pari al 50% della differenza tra i costi stimati e quelli ottenuti. L'altra metà prevede un trasferimento del 75% e oltre. Tali percentuali sembrano stabilite in maniera piuttosto arbitraria. Non sempre è chiaro, inoltre, dal disposto delle Convenzioni, se tale recupero di efficienza si applica solo alle previsioni future dei costi operativi, o investe anche i risparmi ottenuti nel periodo regolatorio trascorso.

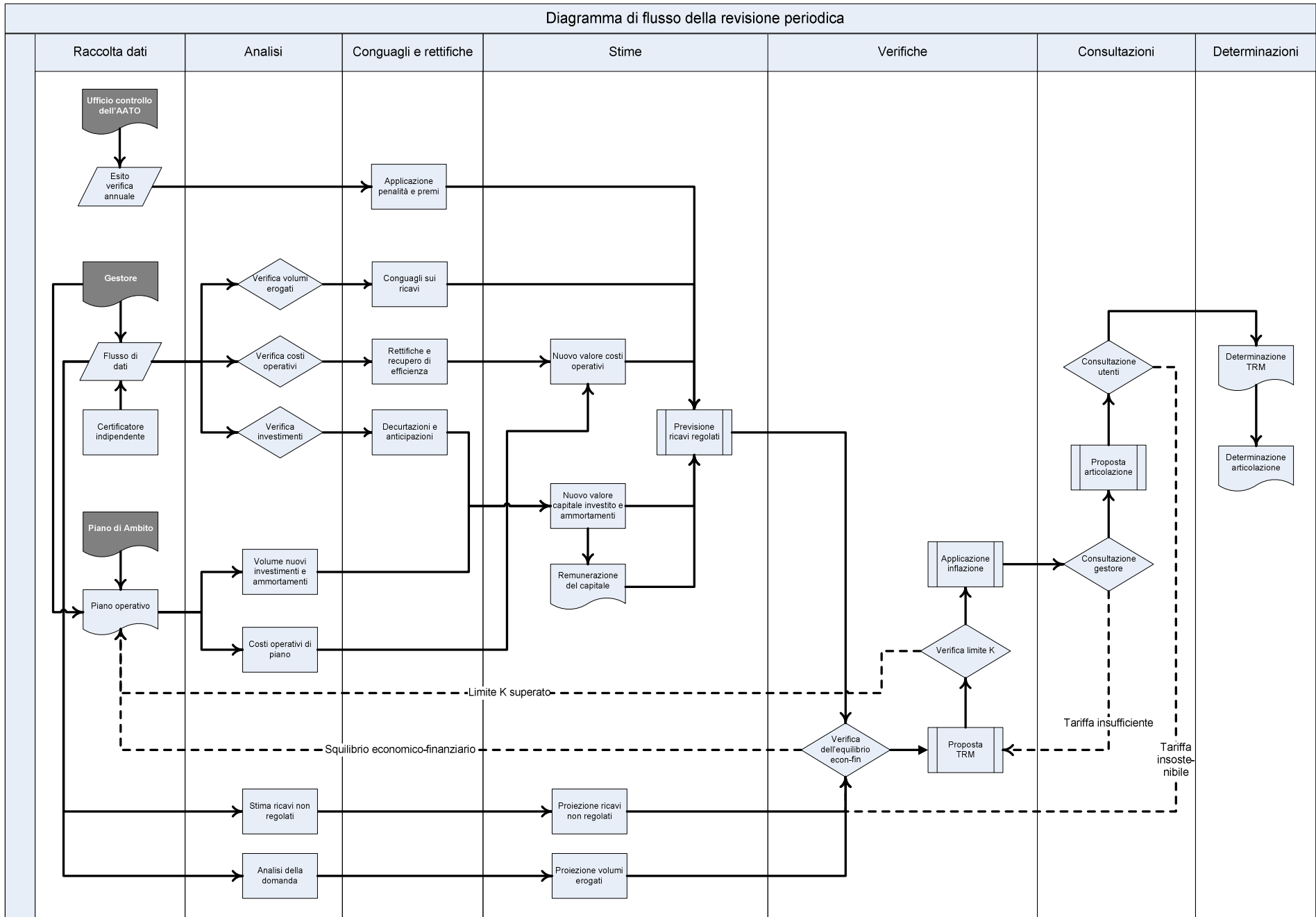
2.5.2 Linee guida

La procedura di revisione è un'attività complessa che richiede l'instaurazione di un rapporto di fiducia e collaborazione tra le parti. Il processo di revisione può in molti casi non interessare solo gli attori principali (AATO e gestore) ma anche organismi rappresentativi dell'utenza, al fine di non introdurre politiche tariffarie che incontrino la resistenza del pubblico.

La figura seguente propone un possibile diagramma di flusso che rappresenta le varie fasi di una revisione tariffaria. Il diagramma si basa sia sulla letteratura esistente, sia sulle analisi svolte in merito alla revisione nel SII in Italia, sia infine sull'esperienza internazionale. La revisione tariffaria consta di sette momenti, in cui si svolgono operazioni rivolte sia al passato, in termini di verifiche volte a controllare la corrispondenza delle previsioni contenute nel Piano di Ambito rispetto a quanto effettivamente accaduto, sia al futuro, che si sostanzia nell'aggiornamento e ricalcolo di tutte le variabili tariffarie. In quanto segue, si descrive la procedura in termini generali, per poi approfondire successivamente gli aspetti più rilevanti in maniera dettagliata.

Il punto di partenza è costituito dalla raccolta delle informazioni. Tre sono le fonti informative: il Piano di Ambito, il gestore e, coerentemente all'approccio suggerito sul meccanismo di penalizzazione, l'ufficio dell'AATO dedicato al controllo.

Diagramma di flusso della revisione periodica



Il Piano di Ambito, che è auspicabile sia declinato in un Programma operativo, definisce gli investimenti previsti per il nuovo periodo regolatorio, determinando l'ammontare degli ammortamenti e della remunerazione del capitale da inserire in tariffa, nonché le stime dei costi operativi, che vanno opportunamente inflazionati rispetto all'anno di pertinenza. Sulla base delle informazioni fornite dal gestore, invece, si procede alla fase di analisi e verifica che investe tre aspetti: 1) il volume complessivo dei ricavi realizzati in rapporto ai volumi totali di acqua fatturati; 2) i costi operativi realizzati dal gestore rispetto a quelli previsti nel Piano di Ambito; 3) il volume degli investimenti realizzati rispetto a quelli previsti. Tali verifiche possono dare luogo a conguagli a favore o a sfavore del gestore, a decurtazioni e anticipazioni, come meglio spiegato in seguito. Infine, come approfondito in precedenza, dall'ufficio controllo dell'AATO si ricavano i risultati delle verifiche effettuate sulla qualità delle informazioni trasmesse e sul grado di raggiungimento degli obiettivi di servizio, e l'ammontare delle penali e dei premi da applicare in base agli scostamenti rilevati nell'ultimo anno utile. Le corrispondenti valutazioni di merito sono esogene per l'ufficio preposto alla revisione, per cui il saldo complessivo entra alla fine nel calcolo dei ricavi regolati.

Al termine delle verifiche, dei conguagli e delle rettifiche, si procede alla stima del volume complessivo di acqua che sarà erogata nel periodo successivo e delle componenti non regolate dei ricavi che si stima il gestore conseguirà nel prossimo periodo. Si verifica poi il rispetto dell'equilibrio economico-finanziario, per garantire che le previsioni dei ricavi regolati siano coerenti con i margini di fluttuazione degli indicatori stabiliti in Convenzione. Qualora i valori non fossero in equilibrio, occorre intervenire sul Programma operativo, per scadenze gli investimenti in maniera differente o ridurre l'ammontare. Una volta raggiunto un equilibrio soddisfacente, si procede a calcolare la tariffa reale media e si verifica il rispetto del limite K, prima di procedere all'adeguamento per l'inflazione. Qualora il limite K sia stato superato, si procede ad ulteriore modifica del Programma operativo. Infine, una volta che tutti i vincoli sono stati soddisfatti, si inoltra la proposta di tariffa al gestore, al fine di giungere ad un valore condiviso. Qualora la proposta dell'AATO differisca sensibilmente dalle aspettative del gestore, occorre avviare un confronto tecnico sul Programma operativo per pervenire a una soluzione. In difetto di accordo in tempi brevi, l'AATO adotta la propria decisione, che se non lede l'equilibrio economico-finanziario, può essere impugnata solo in tribunale. Un'altra consultazione andrebbe svolta con i rappresentanti degli utenti, contestualmente alle consultazioni col gestore, rispetto all'articolazione tariffaria. In caso di disaccordo, sarà necessario rivedere ulteriormente le stime del Programma operativo. Potrebbe essere opportuno organizzare una presentazione pubblica preliminare delle tariffe proposte, dell'impatto che hanno su categorie di utenti differenziate, delle conseguenze derivanti dall'introduzione o esclusione di particolari investimenti sulle tariffe e sulla qualità del servizio.

Sull'esempio dell'OFWAT e di altri regolatori nel mondo, sarebbe utile predisporre un calendario che fissi i tempi delle varie fasi della revisione. Le informazioni dal gestore andrebbero ottenute almeno 6-8 mesi prima dell'entrata in vigore della tariffa. I dati riguardanti l'anno in corso devono essere inizialmente stimati dal gestore e poi aggiornati durante tutto il periodo della revisione, sino alla determinazione finale. Le elaborazioni, le analisi e le proiezioni dell'AATO dovrebbero essere svolte in 2-3 mesi, in modo da avere il tempo sufficiente per eventuali rettifiche delle informazioni da parte del gestore. Orientativamente, 4 mesi prima dell'entrata in vigore, l'AATO dovrebbe sottomettere la propria proposta al gestore e ai rappresentanti degli utenti, che devono rispondere entro un mese dalla ricezione. Gli ultimi 3 mesi potrebbero essere dedicati ad affrontare eventuali disaccordi col gestore od osservazioni degli utenti. Quando è stato raggiunto un valore condiviso, si annuncia la tariffa reale media e l'articolazione tariffaria per il periodo regolatorio a venire. Non essendoci in Italia un organo specificamente deputato alla risoluzione di controversie in materia tariffaria, qualora dovesse persistere un disaccordo, in questa fase si potrebbe richiedere il parere del Coviri. In caso di persistente disaccordo col gestore, la tariffa avrebbe comunque effetto a partire dalla data prevista, salvo il diritto delle parti di ricorrere contro tale decisione.

2.5.3 Il controllo sugli investimenti

Le prime verifiche che l'AATO è chiamata a compiere durante la revisione sono quelle relative alla realizzazione degli investimenti previsti nel Piano operativo. In linea generale, occorre procedere alla verifica di quanto realizzato rispetto a ciò che era previsto nel Piano operativo, debitamente inflazionato, per adeguare le previsioni al valore corrente della moneta. Successivamente, si procede allo scorporo degli investimenti non afferenti il SII e alla decurtazione di tutti i contributi pubblici a fondo perduto. Poi, si rettifica la componente degli ammortamenti previsti, adeguatamente inflazionati per portarli al valore corrente della moneta dell'anno di riferimento, rispetto a quelli realizzati. Difatti, poiché la realizzazione e l'entrata in funzione dei vari cespiti può verosimilmente divergere da quanto inizialmente programmato, gli importi degli ammortamenti dovranno necessariamente essere riallineati.

Per quanto riguarda la verifica di quanto realizzato rispetto a quanto previsto, si possono distinguere i quattro casi seguenti.

- Se il gestore realizza il 100% - X dei progetti (spesa) previsti, si procede al recupero delle componenti di ammortamento e remunerazione del capitale che sono state indebitamente percepite.
- Se il gestore realizza il 100% dei progetti (spesa) previsti con un minor costo, si procede al recupero della sola eccedenza degli ammortamenti, lasciando al gestore la componente aggiuntiva di remunerazione per il periodo trascorso.
- Se il gestore realizza il 100% dei progetti (spesa) previsti con un maggior costo, occorre valutare le cause di tale scostamento; quando queste sono imputabili a fattori esogeni, come l'aumento del prezzo delle materie prime, si potrebbe riconoscere la differenza a beneficio del gestore, come misura per ridurre i rischi di costruzione.
- Se il gestore realizza il 100% + X dei progetti (spesa) previsti, anticipando parte dei progetti futuri, i maggiori investimenti, se non autorizzati dall'Ente d'Ambito, sono riconosciuti nel periodo successivo.

Se si attua un controllo per progetti o per spesa, la suddetta verifica è immediata e automatica. Se il controllo avviene invece per obiettivi, va effettuata un'analisi di congruità del Piano operativo proposto dal gestore rispetto agli obiettivi da raggiungere. Se tale analisi è svolta all'inizio del periodo regolatorio, la verifica dell'esecuzione del Piano approvato procede come detto. Il recupero delle componenti indebitamente percepite dal gestore servirebbe a creare un disincentivo alla predisposizione di Piani operativi sovrastimati. Se il controllo di congruità avviene alla fine del periodo regolatorio, si dovrebbe adottare un meccanismo simile all'istituto americano dell'*hindsight review*, chiamato anche "test di prudenza", secondo cui nel computo degli investimenti vanno incluse solo quelle opere che sono utilizzate e necessarie (*used & useful*). Ciò serve ad evitare i fenomeni di sovracapitalizzazione e/o di *gold plating*.

Vi sono, tuttavia, due problemi di ordine intertemporale relativi all'applicabilità di un meccanismo di *hindsight review*. Anzitutto, un investimento ritenuto inizialmente utile può non apparire tale *ex post*, ad esempio in caso di inattesa riduzione della domanda. Pertanto, vi è il rischio che il gestore sia punito per un risultato oggettivamente sfavorevole, piuttosto che per una decisione manageriale scorretta. Al fine di generare un livello appropriato di investimenti, tale politica deve essere disegnata in maniera tale che il gestore consegua profitti superiori nel caso di elevata domanda, compensando così il mancato rendimento che ottiene quando la ridotta domanda rende alcuni investimenti inutili *ex post*. Ma tale soluzione appare di difficile attuazione pratica. Un altro problema, di credibilità, si verifica se non esistono criteri per determinare l'utilità o meno di un investimento. In questo caso, la discrezionalità potenziale del regolatore è particolarmente evidente, causando un

aumento dell'incertezza in merito alla futura tariffa e, conseguentemente, ulteriori inefficienze. In particolare, l'impresa è indotta a privilegiare quegli investimenti il cui ritorno è garantito nel breve periodo, trascurando la realizzazione delle opere la cui approvazione da parte del regolatore non è certa. Pertanto, l'*hindsight review*, ideato per sopperire al problema della sovracapitalizzazione, può in realtà generare un incentivo alla realizzazione di investimenti sub-ottimali. Se ne deduce che, qualora si voglia adottare un controllo per obiettivi, il compito di predisporre il Piano operativo deve essere demandato al gestore e la verifica di congruità va effettuata necessariamente all'inizio del periodo regolatorio.

2.5.4 I conguagli sui ricavi

Lo scopo di effettuare conguagli durante la revisione periodica è quello di allocare in modo efficiente determinate categorie di rischio. Si tratta in particolare del rischio di domanda: i ricavi realizzati possono essere diversi da quelli previsti. E' necessario anzitutto chiarire quando e perché è opportuno riconoscere dei conguagli a favore (o sfavore) del gestore. Lo scopo è di ridurre il rischio che grava sul gestore. Si possono distinguere due tipi di fluttuazioni e associarvi il corrispondente soggetto più in grado di affrontare tali rischi.

- Fluttuazioni periodiche della domanda: si tratta delle variazioni che intercorrono durante un periodo regolatorio, il cui rischio deve essere assorbito dal gestore.
- Fluttuazioni permanenti della domanda: si tratta delle variazioni derivanti da cambiamenti nei modelli di consumo, o da errori nelle stime della domanda, il cui rischio dovrebbe essere assorbito dalla collettività, eventualmente oltre una certa franchigia.

Anche in questo caso, però, occorre prevedere in quali circostanze è ammesso il conguaglio, l'ammontare di tale conguaglio (al netto di un'eventuale franchigia) e le modalità di effettuazione (nel primo anno del successivo periodo regolatorio o progressivamente nei successivi anni).

In linea generale, se le previsioni sulla domanda sono svolte dall'AATO, è ragionevole che il gestore sia esonerato da qualsiasi rischio associato. Difatti, non controllando direttamente questa variabile, il gestore subirebbe ingiustamente le conseguenze di eventuali previsioni errate compiute dall'AATO. In particolare, associare il meccanismo della franchigia alle previsioni svolte dall'AATO appare particolarmente punitivo e rischioso per il gestore e potrebbe perfino compromettere l'equilibrio economico e finanziario e la bancabilità dell'affidamento. Spesso la stima dei volumi avviene sulla base del dato a consuntivo dell'anno precedente, che non sempre è sufficientemente indicativo, soprattutto in periodi di aumento generalizzato delle tariffe dei servizi pubblici. Potrebbe verificarsi sempre la circostanza per cui i volumi erogati sono inferiori a quelli previsti, con conseguente perdita sistematica della franchigia.

Diverso il caso in cui è il gestore ad effettuare le previsioni sulla domanda. In questo caso, il meccanismo della franchigia consentirebbe un'efficiente allocazione del rischio e stimolerebbe un comportamento virtuoso in termini di previsioni dei volumi. In mancanza di una franchigia, il gestore avrebbe incentivo a sovrastimare sistematicamente i volumi previsti, al fine di mantenere bassa la tariffa reale media e avere così un più ampio margine prima del raggiungimento del limite K. Tale margine sarebbe sfruttato dal gestore per l'inclusione di più alti costi operativi e/o di più elevati investimenti. Gli investimenti, però, potrebbero non essere mai realizzati, per la mancanza di ricavi dovuta appunto ai minori volumi realizzati. Alla luce di tali considerazioni, è opportuno mantenere in vita il principio della franchigia come meccanismo per migliorare la previsione dei volumi.

Tuttavia, si potrebbe far variare la franchigia in funzione dello scostamento realizzato rispetto ai volumi effettivamente erogati. Si introdurrebbe così un meccanismo di franchigia incentivante. Il meccanismo funzionerebbe in modo asimmetrico, a seconda che i volumi effettivi siano minori o maggiori rispetto a quelli previsti, proprio per massimizzare l'incentivo alla previsione corretta dei volumi. Nel caso di volumi inferiori rispetto a quelli previsti, si potrebbe applicare una franchigia a svantaggio del gestore pari allo 0,5% dei ricavi, se lo scostamento fosse del 5% o più. La franchigia sarebbe dello 0,4% se lo scostamento tra i volumi erogati e quelli previsti fosse compreso tra il 4% e il 5%. E così via, sino a una franchigia pari a 0 se la previsione dei volumi fosse corretta o se lo scostamento fosse inferiore all'1%. Viceversa, nel caso di volumi erogati maggiori rispetto a quelli previsti, se lo scostamento fosse superiore o pari al 5%, non si applicherebbe nessuna franchigia a vantaggio del gestore. La franchigia sarebbe pari allo 0,1% se lo scostamento fosse compreso tra il 4% e il 5%; pari allo 0,2% se lo scostamento fosse compreso tra il 3% e il 4%. E così via, sino a una franchigia pari allo 0,5% se lo scostamento fosse contenuto entro l'1%. La tabella in basso riassume le percentuali proposte.

Volumi effettivi < volumi previsti	>5%	4- 5%	3-4%	2-3%	0,5-2%	0-0,5%
Franchigia a svantaggio del gestore	0,5%	0,4%	0,3%	0,2%	0,1%	0,0%
Volumi effettivi > volumi previsti	>5%	4- 5%	3-4%	2-3%	0,5-2%	0-0,5%
Franchigia a vantaggio del gestore	0,0%	0,1%	0,2%	0,3%	0,4%	0,5%

Un esempio numerico contribuirà a chiarire tale meccanismo. Si supponga che il gestore prevede di erogare 100 mln di mc, applicando una tariffa di 1 euro/mc, per un totale ricavi di 100 mln di euro. Se a consuntivo risultano erogati 92 mln di mc, siamo nel caso di uno scostamento superiore al 5% e quindi si applicherà una franchigia dello 0,5% sui minori ricavi, pari a circa 400 mila euro, rimborsando al gestore la differenza (7,6 mln di euro). Se invece i volumi erogati risultassero a consuntivo pari a 99,7 mln di mc, lo scostamento sarebbe inferiore allo 0,5%, per cui al gestore sarebbe rimborsata interamente la differenza dei ricavi. Pertanto attraverso questo meccanismo il gestore dovrebbe avere l'incentivo a contenere la previsione dei volumi. Specularmente, se i volumi erogati risultano pari a 107 mln di mc, siamo nel caso di uno scostamento a vantaggio del gestore di più del 5%, quindi i maggiori ricavi saranno interamente conguagliati a vantaggio dell'utente. Infine, nel caso di volumi erogati pari a 100,2 mln di mc, il gestore trattiene i maggiori ricavi pari a 200 mila euro.

Attraverso questo meccanismo il gestore dovrebbe avere incentivo a non sottostimare i volumi previsti. Alcune categorie di ricavi potrebbero essere escluse dal meccanismo della franchigia, poiché difficilmente prevedibili da parte del gestore. In particolare, si tratta dei ricavi derivanti da scarichi industriali in pubblica fognatura, il cui processo di adeguamento è ancora piuttosto lento. Inoltre, il gestore potrebbe essere incentivato, mediante un meccanismo asimmetrico, a massimizzare tali ricavi e, quindi, aumentare le utenze industriali che utilizzano la rete. Il meccanismo compenserebbe il gestore se i ricavi realizzati fossero inferiori a quelli previsti, ma lascerebbe al gestore l'eventuale differenza a suo favore.

Per concludere, giova ricordare che occorre effettuare anche dei controlli in merito alle altre componenti dei ricavi regolati, come le prestazioni accessorie e gli allacciamenti, e ai ricavi non regolati attinenti gli extraflussi. In entrambi i casi, l'AATO è chiamata ad operare delle stime, che devono necessariamente basarsi sui dati a consuntivo forniti dal gestore. Le prestazioni accessorie e gli allacciamenti, quando non forniti in regime di concorrenza, possono essere assoggettati a specifici prezzari. I ricavi da extra flussi vanno invece scorporati dal totale dei ricavi realizzati dal gestore, prima di procedere alle verifiche e ai conguagli descritti in precedenza.

2.5.5 Il controllo sui costi operativi

Il controllo sui costi operativi è un elemento fondamentale della revisione periodica. Tale controllo consente di correggere eventuali errori nelle stime del modello gestionale effettuate in fase di redazione del Piano di Ambito. Inoltre, la verifica permette di trasferire progressivamente a beneficio dell'utenza parte dei risparmi di costo realizzati dal gestore, attuando il principio di condivisione dei recuperi di efficienza. Occorre però specificare adeguatamente come effettuare il controllo e come trasferire agli utenti i recuperi di efficienza realizzati dal gestore.

Anzitutto, va chiarito che il confronto si effettua sui costi operativi realizzati, rispetto ai costi operativi di Piano, questi ultimi adeguatamente inflazionati rispetto all'anno di pertinenza. Dai costi operativi realizzati vanno scorporate quelle componenti che afferiscono ad attività non regolate. Inoltre, non è opportuno recuperare in tariffa i risparmi ottenuti nel periodo regolatorio trascorso (*claw back*), per evitare che il gestore sia interamente privato del compenso associato al suo sforzo e quindi gli incentivi all'efficientamento vengano annullati del tutto. Ciò premesso, va chiarito come saranno calcolati i costi operativi per il periodo regolatorio successivo, specificando come andranno modificate le previsioni di Piano alla luce dei costi operativi effettivamente realizzati dal gestore.

Le possibilità di scelta sono tre:

- In base ad una logica *price-cap* pura, le nuove stime dei costi operativi sono indipendenti dal livello dei costi realizzati in precedenza. Il regolatore si basa sulle informazioni di mercato disponibili, sul piano economico-finanziario, sugli investimenti da realizzare, ed eventualmente sulla comparazione tra gestori. Questo sistema è quello che fornisce maggiori incentivi all'efficientamento, ma è anche quello che rischia di far divergere maggiormente la tariffa dai costi, compromettendo l'efficienza allocativa.
- In base ad una logica *rate-of-return*, le nuove stime dei costi operativi incorporano una quota dei risparmi ottenuti nel periodo precedente. Si sottrae una percentuale della differenza tra i costi stimati e quelli realizzati. Se la quota è una percentuale fissa, il sistema fornisce scarsi incentivi all'efficientamento. Se la percentuale dei risparmi di costo trasferiti è progressivamente maggiore (*glide path*), si evita di annullare del tutto l'incentivo all'efficientamento, specialmente negli ultimi anni che precedono la revisione.⁷
- In base ad una logica *rolling-cap*, il gestore conserva i risparmi di costo realizzati in un particolare anno per un periodo di tempo determinato, ad esempio cinque anni, indipendentemente dal fatto che nel frattempo intercorra una revisione tariffaria. In questo modo, si aumenta l'incentivo del gestore a efficientare anche nell'ultimo anno prima di una revisione tariffaria.

In ogni caso, la previsione dovrebbe incorporare un trasferimento inferiore al 100%, per non compromettere l'equilibrio economico-finanziario del gestore. Difatti, i risparmi di costo ottenuti durante un periodo regolatorio potrebbero essere dovuti alla variazione favorevole dei prezzi di alcuni input, oppure derivare da uno sforzo iniziale di efficientamento derivante dal solo cambiamento di regime regolatorio o di assetto proprietario (*stretch effect*). In entrambi i casi, le circostanze che hanno portato ai risparmi di costo ottenuti potrebbero essere occasionali e non verificarsi nel futuro. Per cui è opportuno mantenere una previsione prudentiale.

⁷ Ad esempio, l'OFWAT, durante la prima revisione del *price-cap* dopo la privatizzazione (1995-2000), ha apportato una decurtazione progressiva, in base alla quale veniva decurtato il 75% dei risparmi di costo alla fine del quinquennio.

2.5.6 La previsione della tariffa per il periodo regolatorio successivo

Le ultime attività che occorre svolgere durante la revisione periodica sono le seguenti:

- Previsione delle spese per investimento e relativo ammortamento, sulla base del nuovo Piano operativo, aggiornando i valori con l'applicazione dell'inflazione fino al primo anno successivo alla revisione
- Riallineamento del capitale investito e determinazione del valore della remunerazione del capitale
- Previsione dei nuovi costi operativi
- Calcolo del volume di ricavi regolati
- Stima dei ricavi non regolati e calcolo dei ricavi complessivi
- Verifica del mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario
- Previsione dello sviluppo della domanda e calcolo TRM da ricavi regolati
- Verifica rispetto del limite K
- Applicazione dell'inflazione
- Calcolo dell'articolazione tariffaria

Le suddette attività si sostanziano in un calcolo di tipo iterativo, sottoposto a due vincoli: il rispetto dell'equilibrio economico-finanziario e il rispetto del limite K. Qualora non fosse rispettato anche uno dei due vincoli, occorre rivedere le previsioni di investimento. Lo stesso calcolo va ripetuto in caso di modifiche a seguito dei processi di consultazione col gestore e con i rappresentanti degli utenti. Chiaramente, il computo della TRM e la verifica del rispetto del limite K vanno compiuti in base al volume dei ricavi regolati, non complessivi.

2.6 *La revisione straordinaria*

La revisione straordinaria è quella che si verifica all'interno di un periodo regolatorio, a fronte del verificarsi di circostanze predeterminate, che alterano sensibilmente le condizioni a cui è stato affidato il servizio. Ad esempio, nel caso di variazione della normativa, estensione del perimetro del servizio, modifiche alla Convenzione di affidamento, modifiche al Piano di Ambito, scostamenti superiori a delle soglie stabilite, talune varianti. L'obiettivo della revisione straordinaria è di ristabilire la posizione economico-finanziaria del gestore, come se la circostanza verificatasi non fosse mai avvenuta. Trattandosi di eventi di ampia portata che possono richiedere approfondite indagini, sarà necessario compiere un ampio insieme di valutazioni, stime e calcoli. E' altresì corretto che la procedura di revisione scatti *de jure* di fronte a particolari categorie di eventi. Per cui è importante, al fine di contenerne il ricorso, che la possibilità di invocare una revisione straordinaria sia contenuta, ad ambo le parti, in ambiti strettamente circoscritti.

2.6.1 Elementi critici nella disciplina esistente

Le Convenzioni di affidamento esistenti raramente hanno una disciplina uniforme per affrontare le suddette circostanze, quasi mai sono specificati i meccanismi in base ai quali avviene la revisione straordinaria. In alcune Convenzioni si ritrovano disposizioni specifiche relative a taluni aspetti, in tante altre mancano anche le più basilari disposizioni. Ad esempio, nel 25% del campione analizzato non si prevede alcunché nel caso di variazione della normativa nazionale. Nel 22% dei casi si rimanda invece a negoziati successivi, con tutti i rischi connessi. Solo poco più della metà prevede una compensazione totale a favore del gestore.

Così come la metà delle Convenzioni rimanda a nuove pattuizioni la determinazione delle conseguenze delle variazioni al perimetro del servizio, mentre il 30% di esse non contiene alcuna specificazione in merito. Nel 6% dei casi addirittura si esclude esplicitamente qualsiasi rimborso al gestore. Resta non chiarito in tali Convenzioni in base a quali criteri un gestore dovrebbe essere remunerato in seguito ai maggiori o minori esborsi legati alla variazione della dimensione dell'ATO.

Nel 45% delle Convenzioni esistenti, laddove compare il termine revisione straordinaria, questo è stato associato ai "significativi scostamenti" menzionati nel Metodo normalizzato, alla generica variazione delle condizioni tecnologiche ed economiche del servizio, al verificarsi di eventi di forza maggiore. Di queste Convenzioni, una ristretta parte prevede anche i rimedi agli scostamenti siano improrogabili e improcrastinabili, dei criteri che non aiutano l'individuazione certa delle fattispecie associate alla necessità di una revisione. Un'altra parte delle Convenzioni include la disciplina della forza maggiore, che invece dovrebbe trovare trattazione in relazione alla procedura di riequilibrio economico-finanziario, o revisione di emergenza. Infine, in più del 20% delle Convenzioni analizzate, non compare il termine revisione straordinaria e anzi si proibisce esplicitamente di fornire ulteriori rimborsi al gestore. Si introduce in tal modo un rilevante elemento di rigidità alla relazione contrattuale, che può portare a rinegoziazioni esplicita o implicita della Convenzione.

Come detto, le Convenzioni sono piuttosto poche di dettagli in merito alla procedura di revisione straordinaria. Meno della metà prevede a cosa va incontro concretamente il gestore a seguito di una variazione del programma degli investimenti, di una modifica della normativa, ecc. Nel 28% dei casi, si prevede correttamente la garanzia del risultato economico-finanziario della gestione. Nel 17% dei casi, invece, si rimanda la decisione a nuove pattuizioni col gestore, esponendosi ai rischi di una negoziazione condotta in un ambiente non competitivo e anzi messo alla prova dalle condizioni straordinarie da affrontare.

Un'ultima menzione è necessaria in merito a quel 70% di Convenzioni che disciplinano una revisione straordinaria quando gli incassi realizzati non corrispondono a quelli previsti. Più della metà di queste vieta esplicitamente qualsiasi rimborso in tal senso. In maniera speculare, quasi un quarto delle Convenzioni che menzionano una compensazione sugli incassi sembra prevederla in qualunque circostanza, indipendentemente dall'efficienza di fatturazione del gestore. Mentre solo poco più di un quarto di queste Convenzioni prevede correttamente che tale compensazione possa avvenire solo in caso di errata articolazione tariffaria, anche se non sono disciplinati i relativi criteri e dettagli procedurali.

2.6.2 Linee guida

La Convenzione, nel regolare la revisione straordinaria, deve provvedere a:

- individuare i fattori che danno luogo ad ipotesi di revisione
- definire il processo decisionale e deliberativo di revisione
- determinare le possibili misure di revisione

Riguardo ai fattori che innescano una revisione straordinaria, i cosiddetti *drivers*, è fondamentale definire con la maggiore chiarezza possibile le circostanze che danno diritto a valutare l'opportunità di una revisione straordinaria, nonché le soglie oltre le quali si procede effettivamente a revisione. Occorre che nella convenzione vengano predeterminate tutte le ipotesi che consentano di avanzare un'eventuale istanza.

In particolare, possono costituire causa di revisione straordinaria, tra gli altri:

- Nuove disposizioni legislative
- Variazioni al metodo normalizzato
- Obbligazioni non conosciute all'atto della stipulazione della Convenzione o venute meno durante l'affidamento
- Oneri o ricavi derivanti dall'affidamento delle opere realizzate dagli enti locali
- Modifica del perimetro dell'Ambito
- Estinzione gestioni salvaguardate
- Scostamenti superiori a una percentuale prefissata (ad es. 2%) dei ricavi regolati
- Varianti che comportino una variazione alla spesa totale annuale per investimenti

E' opportuno prevedere che la procedura di revisione si applichi obbligatoriamente sia nel caso di variazioni sfavorevoli per il gestore, sia in caso di variazioni favorevoli, non derivanti da merito del gestore. E' altresì importante definire in quali circostanze non è assolutamente ammessa la revisione, in modo da poter facilmente prendere una decisione in caso si verificano circostanze che non sono state inizialmente previste.

Il processo di revisione straordinaria dovrebbe essere disciplinato nei tempi e nelle modalità di svolgimento, inclusi eventuali meccanismi di consultazione e di ricorso a disposizione del gestore. Si dovrebbero specificare le informazioni richieste al gestore per la valutazione della necessità di una revisione e i criteri decisionali adottati. Va detto che la revisione straordinaria non necessariamente comporta una completa revisione tariffaria, come avviene per la revisione periodica, sebbene in alcuni casi possa essere necessario compierne una. Per molti casi si potrebbe decidere di variare solamente la sequenza degli investimenti o l'articolazione tariffaria o il canone di concessione. Potrebbe anche bastare una variazione tariffaria proporzionale ai maggiori costi sostenuti o sufficiente a compensare i maggiori esborsi di cassa.

Potrebbero essere impiegati strumenti differenziati e progressivamente più vicini a una completa revisione periodica a seconda delle dimensioni dello scostamento realizzatosi a seguito di una delle suddette circostanze, ad esempio:

- Ricavi insufficienti a garantire un rendimento adeguato agli investitori → compensazione attraverso una diminuzione del canone e/o un aumento della tariffa
- Ricavi insufficienti a garantire il servizio del debito → compensazione attraverso un aumento della tariffa e/o rimodulazione investimenti
- Ricavi insufficienti a garantire la copertura dei costi variabili → revisione completa del piano investimenti e della tariffa
- Ricavi insufficienti a garantire la copertura dei costi fissi → revisione completa e/o allungamento periodo di affidamento

E' sempre preferibile nei primi due casi utilizzare solo ed esclusivamente gli strumenti strettamente necessari a sanare la situazione, preferendo l'impiego di criteri e metodi semplici e automatici se le condizioni lo consentono, in modo da non alterare gli incentivi del gestore nel periodo tra una revisione ordinaria e l'altra. In questo modo, è possibile mantenere la lunghezza originaria del periodo regolatorio. Al contrario, negli ultimi due casi, in cui è effettuata una completa revisione di piano e tariffa, sarebbe opportuno far iniziare un nuovo periodo regolatorio dal gennaio dell'anno successivo, posticipando la scadenza della revisione ordinaria, in modo da risparmiare in costi amministrativi.

Infine, riguardo ai conguagli per scostamenti negli incassi dovuti a errata articolazione tariffaria, è opportuno garantire in parte questo rischio commerciale, attraverso una procedura specifica, ma solo laddove i minori incassi derivino da errata articolazione tariffaria e non da morosità degli utenti. Ciò perché tale componente è già assorbita dal gestore generalmente attraverso la predisposizione di un fondo svalutazione crediti. Parimenti, non dovrebbe essere riconosciuta la differenza negli incassi se questa è dovuta a inefficienza del gestore nella riscossione delle bollette. Tuttavia, non sempre la mancata corrispondenza degli incassi previsti rispetto a quelli realizzati deriva da tali cause. A volte il gestore non è in grado di conoscere tempestivamente l'ammontare totale degli incassi conseguiti, a causa del lasso temporale che sussiste tra il consumo e la fatturazione. Ciò è fisiologico alla natura del rapporto commerciale tra gestore e utenti. E' quindi opportuno consentire delle rettifiche che tengano conto di tale aspetto, sia a favore sia a sfavore del gestore. Tuttavia, è necessario fissare un limite temporale oltre il quale i conguagli sugli incassi non si applicano, in modo da incentivare una maggiore efficienza nella fatturazione. Tale limite può essere pari a uno o due periodi regolatori, a seconda della durata degli stessi. Nel caso di periodi di tre anni, il limite potrebbe essere fissato in due periodi; nel caso di periodi regolatori lunghi cinque anni, il limite dovrebbe essere di un solo periodo. In occasione di una revisione dell'articolazione, il conguaglio avverrebbe su quegli incassi che sono stati realizzati durante il periodo regolatorio precedente all'ultimo che si è concluso.

2.7 *La rinegoziazione della Convenzione*

L'istituto della rinegoziazione ha avuto origine e si è sviluppato nel settore del commercio internazionale, ove sta ad indicare l'operazione attraverso la quale le parti ridefiniscono il contenuto del regolamento contrattuale a seguito di sopravvenienze idonee a incidere sull'equilibrio economico-giuridico prefissato al momento della stipula del contratto. Le clausole relative a tale istituto prendono il nome di clausole di *hardship*, ossia clausole relative a situazioni di onerosità.

Mutuando dal campo internazionale, si osserva che la rinegoziazione, sul piano contrattuale interno, non è altro che la pattuizione di nuove regole contrattuali a sostituzione di precedenti accordi rivelatisi inadeguati alle circostanze contingenti. Più specificamente, è una modifica nelle condizioni di affidamento del servizio, non innescata da fattispecie previste originariamente dalle parti. In un'accezione più ampia, si può inoltre interpretare come rinegoziazione anche il mancato raggiungimento degli obiettivi di prestazione o la persistente violazione di alcuni termini contrattuali, allorquando ciò sia tollerato dalla controparte.

Le rinegoziazioni possono apportare notevoli benefici alla collettività, se rispondono a *shock* interni o esterni. La flessibilità garantita dalla possibilità di rinegoziare l'accordo è, infatti, elevatissima, difficilmente raggiungibile attraverso gli altri strumenti di aggiustamento visti sinora, come le revisioni tariffarie e la predisposizione dei POT. La letteratura in materia, di matrice sia legale che economica, è quasi universalmente concorde nell'affermare l'inefficienza della scelta di privare le parti, in via legale o consensuale, di tale possibilità. Nelle transazioni caratterizzate da elevata complessità e irrinunciabili aspetti di incertezza legati anche alla lunga durata degli affidamenti, come il servizio idrico, diviene imprescindibile dotarsi di uno strumento di ultima istanza per l'adattamento alle nuove circostanze.

Una rinegoziazione è quindi efficace quando perviene ad una soluzione che aumenta il benessere complessivo generato dalla transazione. Tuttavia, poiché tale possibilità è anticipata in fase di stesura del contratto, vi può essere la propensione da ambo le parti ad adottare dei comportamenti strategici, al fine di influenzare l'allocazione dei benefici addizionali derivanti da eventuali rinegoziazioni. L'elevata incidenza registrata nel servizio idrico di molti paesi, in contesti anche estremamente disparati, spinge a considerare tale fenomeno come una patologia contrattuale e regolatoria e fa emergere delle preoccupazioni circa la validità degli argomenti a favore. Alcuni ritengono che tale patologia contrattuale sia oggi il più importante ostacolo alla sostenibilità di un processo di riforma nei settori infrastrutturali.

Il pericolo è che i processi di rinegoziazione conducano ad una redistribuzione dei rischi, dei costi e dei benefici dell'affidamento tra gestore e collettività. In genere è il gestore che se ne avvantaggia, spuntando maggiori remunerazioni o minori obbligazioni, ma non mancano esempi in cui è la pubblica amministrazione che approfitta della situazione fluida in un contesto di rinegoziazione, per imporre nuovi canoni o imposte. Indipendentemente da ciò, il risultato in termini di condizioni del servizio è quasi universalmente a sfavore degli utenti, in termini di maggiori tariffe, minori investimenti, minore qualità.

Occorre quindi esaminare in che modo è possibile introdurre una clausola di rinegoziazione della Convenzione che garantisca al tempo stesso sia il sufficiente margine di manovra per procedere ad aggiustamenti eccezionali, sia il dovuto rispetto della complessiva distribuzione dei rischi, dei costi e dei benefici inizialmente pattuita tra AATO e gestore.

Nell'ordinamento giuridico italiano non esiste una norma di carattere generale che disciplini l'istituto della rinegoziazione: sul piano civilistico è prevista, tuttavia, la possibilità di modificare le

condizioni del contratto a seguito del verificarsi di eventi straordinari e imprevedibili (art. 1464 c.c.); sul piano amministrativo esistono regole particolari che riconoscono in certi settori l'ammissibilità di revisioni delle condizioni negoziali nella fase di esecuzione del contratto ai fini della gestione dei rischi conseguenti a sopravvenienze giuridicamente rilevanti. (es. art. 115 del decreto legislativo 163/2006 in tema di revisione periodica del prezzo).

Pur in assenza di una previsione legislativa generale, nessun dubbio può tuttavia sussistere in ordine alla possibilità che le parti, nell'esercizio della loro autonomia contrattuale, inseriscano nei contratti di durata, quale è la convenzione di gestione del s.i.i., clausole di revisione negoziale o rinegoziazione, con gli unici limiti derivanti dalle esigenze di tutela della concorrenza.

2.7.1 Elementi critici nella disciplina esistente

Più della metà delle Convenzioni ad oggi siglate non prevede alcunché rispetto alla possibilità di rinegoziazione. Poiché ciò è previsto dalla normativa, si ritiene che tali Convenzioni possano essere modificate in qualsiasi momento e in base ad qualsiasi motivo. Un altro 23% delle Convenzioni prevede esplicitamente la possibilità illimitata dell'AATO di procedere a rinegoziazione. Solo il 14% richiede un previo accordo con il gestore. In tutti questi casi, le parti sono esposte a un'incondizionata facoltà di rinegoziazione. Se a ciò si aggiunge il fatto che meno del 30% delle Convenzioni prevede come criterio guida generale degli aggiustamenti il mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario, risulta evidente che anche la possibile ampiezza del processo di rinegoziazione risulta fortemente indeterminata.

Solo il 10% delle Convenzioni prevede dei limiti alla rinegoziazione, generalmente in caso di variazione della normativa o della convenzione tipo, cessazione di gestioni salvaguardate, entrata in vigore di un Piano definitivo degli interventi. Si ritiene nondimeno che tali circostanze, sebbene garantiscano una protezione contro la possibilità illimitata di rinegoziare, siano altresì troppo circoscritte per garantire un'adeguata flessibilità. Occorre in altri termini che i criteri per valutare l'opportunità di rinegoziare in seguito alle circostanze sopravvenute, non la previsione delle circostanze stesse, siano predeterminati all'inizio dell'affidamento.

Si evidenzia, tra l'altro, che la giurisprudenza amministrativa ha assunto un atteggiamento permissivo nei confronti della revisione delle condizioni contrattuali in conseguenza di sopravvenuti fattori esterni alle parti ed ha individuato come condizione imprescindibile per la validità della modificazione intervenuta nel corso dell'esecuzione del contratto, la previa indicazione di tale possibilità già nel bando di gara.

2.7.2 Linee guida

Poiché l'aggiustamento dei principali elementi che determinano la prestazione e il corrispettivo segue già i criteri specifici delineati nei paragrafi precedenti, è necessario circoscrivere l'ambito di applicazione di una clausola di rinegoziazione. I principi generali della buona amministrazione obbligano ad una particolare prudenza nella formulazione di questa parte contrattuale. Infatti, se da una parte la possibilità di modifica del contratto garantisce una sua maggiore gestibilità, intesa come capacità di risposta alle esigenze degli utenti, dall'altra può dar luogo a fenomeni contrari all'imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa.

A questo proposito, è d'aiuto l'indirizzo che risulta dall'interpretazione del Testo Unico degli Enti Locali. La rinegoziazione è generalmente ammessa in caso di adeguamento a nuova norma-

tiva e a provvedimenti di terzi, oppure a fenomeni, indipendenti dalla volontà delle parti, che non varino sostanzialmente il contenuto del contratto o parti di esso. Le Convenzioni devono quindi indicare i limiti, i criteri e i motivi cui è subordinata l'eventuale modifica. Dovranno, inoltre, indicare le modalità per addivenire alla nuova formulazione in tempi certi, al fine di eliminare ogni elemento di incertezza o turbativa che possa influire sull'esecuzione del contratto stesso.

Da tale interpretazione si ricava che il contratto, nel regolare le procedure di modifica, deve:

- prevedere esplicitamente la possibilità di modifica
- indicare le parti oggetto di possibile modifica
- indicare motivi e criteri per le modifiche
- indicare procedure e relativi tempi per addivenire ad un nuovo accordo
- regolare gli effetti di un mancato accordo nei termini previsti

La previsione esplicita della possibilità di modifica è necessaria per legittimare anche il gestore ad avviare una procedura di rinegoziazione, attraverso formale richiesta all'AATO. Tale previsione potrebbe chiarire che si procede a rinegoziazione della Convenzione solo quando l'applicazione delle altre procedure di revisione si riveli motivatamente inapplicabile.

E' opportuno che le parti modificabili dell'accordo siano sostanzialmente quelle relative alle modalità di erogazione del servizio e ai compensi che possono subire l'effetto di eventi esogeni. Andrebbe inclusa anche la possibilità di adeguare procedure e tempi a fatti sopravvenuti. Si potrebbe vietare esplicitamente la modifica dei termini che in nessun modo potrebbero essere resi inefficaci o obsoleti per effetti esterni alle parti, come quelli relativi alle penali, alle cauzioni, ai criteri di calcolo del valore residuo. In tal senso rivestono particolare importanza le motivazioni che permettono la modifica e i criteri con i quali essa debba essere raggiunta. Essi infatti, collegandosi in maniera stringente con le motivazioni del contratto, pur non potendo predeterminare i contenuti delle modifiche ove ben delineati, garantiscono la trasparenza del processo con il quale si giunge alle nuove pattuizioni.

Rispetto alle motivazioni di una rinegoziazione, gli aspetti che subiscono modificazioni devono essere stati resi obsoleti, impraticabili o inopportuni da fatti esterni imprevedibili. Anche una protratta situazione di forza maggiore dovrebbe giustificare una rinegoziazione. Rispetto ai criteri di ammissibilità di una particolare modifica, potrebbe essere sufficiente quello di non alterare l'equilibrio economico-finanziario dell'affidamento nel suo complesso. Se tale equilibrio è stato definito, come detto in precedenza, all'inizio dell'affidamento attraverso l'uso di indicatori e relative bande di oscillazione, si può prevedere che tali indicatori debbano restare all'interno della banda anche in seguito alla rinegoziazione.

Occorre prevedere accuratamente le procedure e i tempi attraverso cui si perviene alla modifica del contratto. Si potrebbe creare una commissione bilaterale, coadiuvata da esperti esterni. I tempi devono essere sufficientemente lunghi per approfondire le varie questioni in gioco, ma potrebbe essere difficile prevederli in anticipo. Si potrebbe invece prevedere di realizzare un piano di lavoro all'inizio del negoziato e vincolarsi al rispetto dello stesso.

Infine, è opportuno chiarire due ulteriori aspetti. In primo luogo, trattandosi di un processo già di natura negoziale, in caso di disaccordo non resterà che il ricorso in via giudiziale. In secondo luogo, la modificazione del contratto può incidere sulla tariffa, determinandone una revisione. Ciò non è necessariamente in contrasto con l'obiettivo di tutela dell'utente, poiché a fronte di un maggiore corrispettivo dovrebbe esserci un livello di prestazione più elevato da parte del gestore. La condizione necessaria è però che non si alteri l'iniziale equilibrio di prestazioni, compensi e rischi dell'affidamento.

2.8 La cessazione della relazione

La convenzione di gestione può estinguersi per ragioni diverse dalla scadenza naturale. Ciò vale a maggior ragione nel caso del servizio idrico integrato dove la durata dell'affidamento / concessione è generalmente assai lunga e dove, quindi, possono più facilmente verificarsi eventi che, per esempio, fanno venir meno l'interesse pubblico al mantenimento della gestione, ovvero incidono sulla capacità del gestore di proseguire nella gestione, o ancora comportano gravi inadempienze in relazione agli obblighi di servizio, tali da non giustificare la continuazione dello svolgimento del medesimo. E', dunque, necessario che vengano contrattualmente previste e disciplinate le ipotesi in cui trovano applicazione le cause di estinzione anticipata della convenzione e vengano individuati gli effetti connessi con ciascuna di esse. Ciò risulta confermato all'art. 151 del decreto legislativo 152/2006 che al comma 2 lettera o) prevede che le convenzioni tipo disciplinino in particolare "le condizioni di risoluzione secondo i principi del codice civile".

A quest'ambito possono essere essenzialmente ricondotte le clausole relative a tre fattispecie, di seguito approfondite.

1) Risoluzione del contratto: la risoluzione del contratto è un istituto disciplinato dal codice civile (agli articoli 1453 e seguenti) e ad esso occorre fare rinvio per il richiamo della disciplina complessiva. La risoluzione implica lo scioglimento del rapporto contrattuale tra AATO e gestore dovuto al verificarsi di eventi che alterano l'equilibrio tra gli interessi delle parti. In tali fattispecie il contratto è valido, perché non presenta alcun vizio all'atto della sua formazione, tuttavia nel corso della sua esecuzione il medesimo non risulta più in grado di soddisfare gli interessi delle parti a causa di un evento sopravvenuto. La risoluzione determina dunque lo scioglimento della convenzione di gestione per il futuro, operando con efficacia *ex nunc*: restano salve le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione.

E' opportuno evidenziare che diverse possono essere ai sensi del codice civile le fattispecie che danno luogo alla risoluzione del rapporto: 1) inadempimento degli obblighi del contratto; 2) impossibilità sopravvenuta; 3) eccessiva onerosità.

Nel caso del servizio idrico appare rilevante soltanto la fattispecie della 'risoluzione per inadempimento' che, tra l'altro, è l'unica suscettibile di previsione contrattuale preventiva e configura un diritto potestativo di scioglimento del contratto in capo all'AATO.

La rilevanza delle altre due fattispecie ai fini della risoluzione della convenzione di gestione del servizio idrico è invece da escludersi. Laddove si verifichi un'ipotesi di impossibilità sopravvenuta delle prestazioni dovrebbe trovare, infatti, applicazione l'istituto della rinegoziazione e, qualora tale impossibilità sia dovuta a cause di forza maggiore e persista senza che si riesca ad addivenire ad un accordo tra le parti per superarla, l'istituto del recesso da parte del gestore. Per la fattispecie relativa all'eccessiva onerosità la convenzione di gestione dovrebbe escluderne la rilevanza ai fini risolutori attraverso la previsione di assunzione da parte del gestore dell'obbligo di gestione del servizio e dei rischi connessi allo svolgimento del medesimo e dall'altro attraverso il ricorso all'istituto della revisione straordinaria.

2) Recesso e riscatto: il recesso dal contratto risulta disciplinato all'articolo 1373 del c.c. e consiste in una facoltà (potere) connessa al contratto in base alla quale una parte si scioglie dal vincolo contrattuale con effetti *ex nunc*. L'esercizio di tale potere per sua stessa natura non è ancorato ad un motivo determinato o al rispetto di particolari procedimenti amministrativi, come l'obbligo di motivazione.

Il recesso è, tuttavia, subordinato ad una formale comunicazione consistente in una dichiarazione unilaterale di volontà, previo preavviso nei tempi contrattualmente previsti.

La fonte del recesso nel caso del servizio idrico è convenzionale, in quanto il recesso deve essere previsto contrattualmente con apposita clausola. Le parti possono anche fissare la prestazione di un corrispettivo per il recesso.

Laddove il recesso sia esercitato dall'AATO si concretizza nel riscatto del servizio che comporta il pagamento di un indennizzo nei confronti del gestore. Il recesso da parte del gestore deve essere limitato a specifiche ipotesi contrattualmente disciplinate.

3) Revoca dell'affidamento: la revoca dell'affidamento incide sugli atti della sequenza pubblicistica propedeutica alla stipula della convenzione di gestione ma si traduce in un ulteriore strumento di cessazione del rapporto contrattuale. L'AATO può infatti intervenire, in via di autotutela, sugli atti amministrativi propedeutici all'affidamento del servizio. Ciò può dar luogo a varie combinazioni, in base al differente contenuto del provvedimento che può adottare l'Amministrazione e al provvedimento in relazione al quale l'atto abdicativo è adottato.

In via generale si rileva che l'Amministrazione può procedere ad un provvedimento di annullamento se rileva un vizio di legittimità, ovvero ad una mera revoca, ove sussistano motivi di pubblico interesse o non sussista più l'interesse pubblico allo svolgimento del servizio. La revoca dell'affidamento produce gli effetti propri dell'istituto del recesso, con pagamento di un indennizzo a favore del gestore.

2.8.1 Elementi critici nella disciplina esistente

Le convenzioni tipo e le convenzioni di gestione sottoscritte disciplinano in modo alquanto differenziato e disomogeneo le clausole relative alla cessazione del rapporto. Per quanto attiene alla risoluzione del contratto per inadempimento del gestore, alcune convenzioni non definiscono la gravità (il codice civile, all'articolo 1455 utilizza il termine importanza) dell'inadempimento che dà luogo alla risoluzione e non graduando quest'ultima non differenziano tra fattispecie ricadenti nella clausola risolutiva espressa (1456 c.c.) e quelle per le quali opera invece l'istituto ordinario della risolubilità del contratto previa diffida ad adempiere (articoli 1453 e 1454 c.c.).

L'analisi delle convenzioni mette, altresì, in luce come la risoluzione sia nella quasi totalità dei contratti correlata a inadempimenti del gestore, mentre andrebbero disciplinati anche i casi di inadempimento contrattuale dell'AATO. Suscita, inoltre, qualche perplessità la clausola che prevede la sostituzione provvisoria del gestore nelle ipotesi di sue inadempienze gravi. La sostituzione provvisoria è generalmente prevista nelle convenzioni per i casi in cui alla messa in mora del gestore da parte dell'AATO non faccia seguito, entro un congruo termine, l'adempimento di quest'ultimo. Tale clausola si presenta tuttavia alquanto generica e rischia di non risultare efficace, laddove il gestore faccia opposizione alla propria sostituzione.

Per quanto attiene al recesso la quasi totalità delle convenzioni contiene una clausola che esclude espressamente la possibilità di recesso da parte del gestore e prevede, invece, il riscatto del servizio da parte dell'AATO, limitandosi tuttavia a fissare i criteri di calcolo dell'indennizzo da pagare in tali casi al gestore. Il carattere pubblico del servizio idrico giustifica la limitazione delle ipotesi di recesso nei testi delle convenzioni, in quanto la natura del servizio risulta inconciliabile con una cessazione del rapporto rimessa all'arbitrio di una delle due parti.

Se tuttavia non può escludersi per contratto l'esercizio del potere di revoca dell'affidamento da parte dell'AATO laddove sussistano motivi di interesse pubblico che giustificano la cessazione anticipata del rapporto contrattuale e, conseguentemente, non può mancare nel testo della convenzione la disciplina della facoltà di riscatto anticipato del servizio da parte dell'AATO, nelle convenzioni di gestione esaminate manca del tutto una riflessione sulle ipotesi ammissibili di recesso del gestore, limitandosi i contratti a prevedere in capo al gestore un generale divieto di recesso.

In poche convenzioni di gestione è tuttavia espressamente e opportunamente disciplinata una eccezione al divieto, consistente nella possibilità per il gestore di recedere dal contratto qualora si verifichi un evento di forza maggiore che rende impossibile la sua prestazione e questo di protragga nel tempo senza che venga adottata alcuna soluzione volta al superamento della criticità. In via generale non può che lamentarsi un'assoluta carenza delle convenzioni nella disciplina del potere di recesso, laddove questo spetti al gestore.

Per quanto riguarda il riscatto, assai incerta risulta la disciplina relativa al calcolo dell'indennizzo da pagare al gestore, per la quale la maggior parte delle convenzioni di gestione rinviano ai criteri contenuti all'art. 24 del R.D. 2578/1925, così come non risulta in molti casi definito ed individuato il soggetto tenuto al pagamento dell'indennizzo (AATO, enti locali di riferimento, nuovo gestore) né specificati i tempi a partire dai quali è possibile esercitare la facoltà di riscatto.

2.8.2 Linee guida

In via generale si richiama l'opportunità che la convenzione, nel regolare le cause di cessazione del rapporto, espliciti nelle relative clausole:

- le diverse tipologie di condotta che possono dar luogo alla cessazione;
- le modalità e i tempi in cui questa si realizza;
- il corrispettivo/indennizzo da pagare al gestore.

Per quanto attiene alla risoluzione del contratto è opportuno prevedere i seguenti 4 aspetti.

1) Una clausola risolutiva espressa, disciplinata all'art. 1456 c.c., con la quale le parti definiscono in via preventiva alcuni casi e/o fattispecie di inadempimento al verificarsi dei quali la convenzione si estingue di diritto. In tali casi, lo scioglimento del vincolo contrattuale opera automaticamente, essendo sufficiente che l'AATO dichiari al gestore di volersi avvalere della clausola. Da tale momento il gestore non può più adempiere, né l'AATO può più richiederlo.

In ragione della sua valenza, ben si comprende come il contenuto di tale clausola debba essere determinato in maniera precisa. Devono essere dedotte in clausola risolutiva espressa inadempimenti di obbligazioni determinate (l'art. 1456 c.c. si riferisce infatti al caso di una determinata obbligazione che non sia adempiuta secondo le modalità stabilite). Sarebbe quindi inefficace una clausola che prevedesse la risoluzione della convenzione di gestione senza precisare l'obbligo da adempiere. Nella clausola risolutiva espressa possono essere dedotti anche i casi di fallimento del gestore e di scioglimento della società, oltre naturalmente i casi di interruzione generale o parziale del servizio non dovuta a cause di forza maggiore.

La valutazione relativa alla gravità degli inadempimenti dedotti ai sensi dell'art. 1456 c.c. non può che competere alle parti. In ragione di ciò il contenuto della clausola nelle convenzioni di gestione stipulate potrebbe essere diverso rispetto a quello previsto nelle convenzioni tipo, anche in ragione della diversa natura giuridica del soggetto gestore. Tale contenuto tra l'altro non può neppure

re essere oggetto di sindacato del giudice, a differenza di quanto avviene nei casi in cui opera la diffida ad adempiere.

2) La diffida ad adempiere, disciplinata all'art. 1454 c.c., per inadempienze relative agli obblighi di servizio, agli obblighi di informazione e comunicazione nei confronti dell'AATO e agli obblighi nei confronti degli utenti, ferma comunque restando l'applicazione delle penalità previste nella convenzione per tali ipotesi.

Con la diffida ad adempiere, che è una dichiarazione scritta, l'AATO ordina/intima al gestore inadempiente di eseguire l'obbligo rimasto inadempito entro un congruo termine (che dovrà essere valutato in base ai contenuti dell'obbligo, e che quindi può essere diverso per ciascun inadempimento per il quale si proceda a diffida). Decorso tale tempo senza che vi sia stato adempimento del gestore, il contratto si risolve di diritto. La diffida presuppone comunque un inadempimento grave, per cui è importante che il contratto specifichi le ipotesi che possono far scattare la diffida, in particolare laddove vi siano ripetute inadempienze del gestore (in tali casi la gravità dell'inadempimento risulterà fortemente connessa anche alla ripetizione dell'inadempimento nel tempo e quindi ad una sorta di recidiva del gestore).

Anche se il gestore può sempre rivolgersi al giudice per far accertare con sentenza la mancanza dei presupposti per la risoluzione (potendo in questi casi il giudice sindacare sulla gravità dell'inadempimento, in particolare laddove la convenzione risulti carente di disciplina e non individui correttamente gli inadempimenti gravi da assoggettare a diffida) in via di principio si osserva che l'istituto della diffida rappresenta comunque un efficace strumento di tutela dell'AATO perché con la "minaccia" viene sollecitato l'adempimento.

3) La prosecuzione della gestione, fino all'individuazione del nuovo gestore e all'affidamento allo stesso del servizio.

4) Il risarcimento dei danni, derivanti dalla risoluzione della convenzione, con la previsione della facoltà dell'AATO di trattenere gli importi relativi dalla cauzione prestata dal gestore.

Dovrebbero inoltre essere dettagliatamente disciplinati anche i casi di risoluzione per inadempimento contrattuale dell'AATO. In particolare potrebbe essere riconosciuta al gestore possibilità di risolvere il contratto laddove l'AATO non si adegui alle determinazioni rimesse contrattualmente ad un collegio di arbitratori. Inoltre, potrebbe essere ammessa la risoluzione nelle situazioni in cui l'AATO non proceda a revisione tariffaria o al ristabilimento dell'equilibrio economico e finanziario nei tempi previsti.

Per quanto attiene al recesso, è necessario individuare, sia pure in modo assai circoscritto, le ipotesi in cui il diritto di recedere può essere riconosciuto anche al gestore. A tal fine, può essere espressamente riconosciuta al gestore la possibilità di recedere purché l'impossibilità sopravvenuta connessa a eventi di forza maggiore si protragga per un periodo lungo (per esempio sei mesi) o l'AATO non si attivi in tempi rapidi per risolvere le criticità connesse all'impossibilità di svolgere il servizio nonostante la disponibilità manifestata dal gestore.

Per quanto attiene al riscatto è necessario dettagliare i tempi a partire dai quali l'AATO può esercitare la relativa facoltà. Anche in tal caso dovrà essere previsto che il gestore assicuri in ogni caso la continuità della gestione del servizio espletandolo nel rispetto della convenzione "*fino al momento in cui la gestione sia svolta da altri*" e dovrà essere contemplato anche il caso dell'eventuale disaccordo tra le parti sulla stima dell'ammontare dell'indennità di riscatto, magari prevedendo in questo caso il ricorso obbligatorio a periti ai fini della determinazione finale.

Si sottolinea che le varie clausole relative alla cessazione anticipata del rapporto non possono non tener conto della natura del servizio affidato che è un servizio pubblico (di qui la limitazione, di cui si è già parlato, delle ipotesi di recesso); le stesse debbono inoltre essere costruite tenendo conto degli obblighi che nascono sia dal Piano di ambito, che dal disciplinare tecnico e dalla stessa convenzione e risultano correlate al sistema di garanzie prestate dal gestore. Alcune di tali clausole, nello specifico quelle relative alla risoluzione per inadempimento, presuppongono un'attività di verifica, monitoraggio, controllo da parte dell'AATO sugli obblighi del gestore e sono complementari e, in alcuni casi, prevalenti rispetto a quelle relative al sistema di penalizzazioni.

E' infine importante istituire una procedura strutturata per avviare e dare seguito ad un provvedimento di risoluzione anticipata e di recesso, stabilendo i tempi entro cui il gestore deve conformarsi alle istruzioni dell'AATO, gli atti che l'AATO è obbligato a produrre per dare avvio alla procedura, le modalità di ricorso del gestore e di contraddittorio. Seguendo quanto predisposto in alcune Convenzioni esistenti, alla procedura potrebbero partecipare anche gli enti finanziatori, che dovrebbero essere tempestivamente informati e potrebbero adoperarsi col gestore per porre termine all'inadempimento, entro un termine stabilito. Nel caso in cui il gestore sia finanziato con operazioni di finanza di progetto, l'AATO deve prevedere, nella selezione del nuovo gestore, l'obbligo e la capacità del nuovo concessionario di far fronte al debito del progetto in essere.

2.9 *La determinazione del valore residuo al termine dell'affidamento*

Uno dei temi particolarmente controversi è quello relativo alla determinazione del valore residuo degli impianti al termine dell'affidamento, che deve essere corrisposto al gestore uscente da quello entrante. Al termine dell'affidamento, o in caso di risoluzione anticipata, va calcolato l'indennizzo spettante al gestore per gli investimenti realizzati e non completamente ammortizzati. La Convenzione deve specificare chiaramente i criteri per il calcolo di tale indennizzo, pena una sostanziale impossibilità di determinarne l'ammontare. Le banche non gradiscono che sia l'Autorità a determinare unilateralmente tale valore, in maniera arbitraria. Occorre invece che sia ben specificato il criterio che verrà seguito per il calcolo. E' tuttavia imprescindibile che tale criterio sia stabilito dal principio, che sia automatico e comporti un limitato grado di discrezionalità da parte dell'AATO. Inoltre, va chiarito in Convenzione su chi ricade l'obbligo di corrispondere l'indennizzo al gestore uscente. Una generica obbligazione in capo al gestore entrante potrebbe non essere sufficiente a soddisfare le esigenze di certezza degli enti finanziatori. Va specificato che l'AATO si adopererà affinché il gestore entrante corrisponda tempestivamente quanto dovuto, come condizione per l'effettiva assegnazione del servizio.

2.9.1 Elementi critici nella disciplina esistente

Le Convenzioni vigenti non sempre sono chiare riguardo al valore da corrispondere al gestore al termine dell'affidamento, alla metodologia che sarà impiegata per il suo calcolo, all'attribuzione della responsabilità di tale corresponsione. Nel 30% dei casi non è specificato alcun criterio, nel 50% si è scelto di utilizzare il criterio del netto contabile, mentre nel restante 20% è il valore economico residuo quello utilizzato. Se è vero che si nota una certa convergenza sul criterio del valore netto contabile, è da notare che metà di tali Convenzioni prevede una rivalutazione di tale valore in base all'inflazione intercorsa dal momento dell'affidamento, mentre l'altra metà riconosce il solo costo storico. Il criterio della rivalutazione è l'applicazione dell'indice ISTAT dei prezzi alla produzione dei prodotti industriali riferito ai beni di investimento, a decorrere dalla data di acquisizione del cespite. Infine, si riscontra un'elevata variabilità dei meccanismi per la determinazione di tale valore in caso di disaccordo tra le parti. Mentre la stragrande maggioranza delle Convenzioni (63%) non prevede alcun meccanismo a tal fine, il 15% prevede il ricorso a una commissione negoziale bilaterale, il 10% prevede un generico negoziato, il 6% prevede una decisione unilaterale dell'AATO, il 3% una decisione inappellabile di un perito o esperto esterno.

Il problema della valutazione degli *asset* regolati è complesso e non ha trovato ancora compiuta definizione. Esistono numerosi metodi di stima, di tipo patrimoniale, finanziario e reddituale, o combinazioni di questi, ciascuno dei quali presenta vantaggi e svantaggi. Nella normativa nazionale, il criterio di riferimento è il valore storico degli impianti al netto degli ammortamenti, così come espresso dai libri contabili. Tale criterio è stato criticato poiché non tiene conto del problema dell'inflazione sul valore residuo degli *asset*. Si ritiene che, se gli investimenti vengono valutati al costo storico, ci sarà una sottovalutazione del costo reale delle infrastrutture, con tale divario che si amplia man mano che ci si allontana dalla data di realizzazione.

In base alla letteratura, è possibile trarre alcune considerazioni in merito agli effetti incentivanti dei metodi di valutazione del riscatto finale. In primo luogo, si può affermare che non è tanto il valore assoluto del riscatto che determina l'incentivo all'investimento del gestore uscente durante l'affidamento, quanto l'incertezza in merito alla sua determinazione. In un contesto estremamente regolato, dove la remunerazione del gestore è diretta funzione dell'investimento realizzato, non è il valore del riscatto che spinge il gestore ad effettuare oggi degli investimenti, che sono interamente

pianificati, ma il costo del capitale di debito.⁸ L'incentivo all'investimento non viene meno neppure negli ultimi anni di affidamento, per i quali anzi la differenza tra costo storico e costo attuale degli impianti tende a ridursi, minimizzando il problema della rivalutazione degli *asset*. Investire negli ultimi anni può perfino garantire all'*incumbent* un vantaggio strategico rispetto ai concorrenti. Alla luce di ciò, occorre osservare che tutte le procedure di mercato conservano qualche elemento di incertezza per il gestore uscente, poiché non possono garantire il completo recupero dell'investimento realizzato e del rischio. Pertanto, per definizione, tali metodi non possono indurre un comportamento virtuoso in termini di investimento. Analoghe considerazioni valgono nel caso in cui il valore di riscatto venga determinato con una negoziazione tra il regolatore e il gestore uscente, mediante l'utilizzo di metodi patrimoniali. Per quanto attendibili siano le stime peritali, occorre sempre effettuare calcoli in merito al valore di rimpiazzo, che introducono elementi di discrezionalità. Il gestore non può così formulare stime in merito al valore del riscatto, per cui adotterà un comportamento prudente in termini di investimento. Emerge l'importanza di predisporre *ex-ante* delle regole chiare circa la determinazione del riscatto, che garantiscano al gestore uscente (e ai suoi finanziatori) un valore prevedibile.

Quanto alla rivalutazione in base all'inflazione, questa rappresenta una mera plusvalenza per il gestore uscente, non comporta alcun vantaggio per l'utente ed è probabilmente illegittima. Si sollevano due preoccupazioni a riguardo, l'una legata all'impatto tariffario della rivalutazione, l'altra relativa alla legittimità della clausola.

La prima preoccupazione deriva dal fatto che riconoscere la rivalutazione vuol dire aumentare il valore a cui i beni non ammortizzati entrano a far parte del bilancio del gestore entrante, al quale occorrerà pertanto riconoscere ammortamenti più elevati, a parità di nuovi investimenti, pena un trattamento ingiustificatamente punitivo. In generale, è importante notare che sia riconoscere l'inflazione sul valore residuo contabile, sia calcolare il riscatto in base alle tecniche derivate dall'analisi aziendale, implicano che il processo di rinnovo dell'affidamento avrà delle sostanziali ripercussioni in tariffa. Vista la tendenza al *full cost recovery*, la rivalutazione degli *asset* dovrà necessariamente trovare riconoscimento nella tariffa del successivo affidamento, in forma di maggiori ammortamenti. L'incremento di valore determinato con la nuova valutazione del riscatto si trasforma così in un aumento tariffario repentino e proporzionale alla differenza tra ammortamenti precedenti, calcolati a valori storici, e ammortamenti successivi, senza che ciò determini alcun beneficio per la collettività, né in termini di condizioni degli impianti, che dipende dall'incentivo alla manutenzione, né per gli utenti, che da un anno all'altro si vedrebbero aumentate le tariffe solo a causa del cambio di gestione. Ma aumentare gli ammortamenti in assenza di nuovi investimenti ha profonde ripercussioni in tariffa: si stimata che, per un valore residuo contabile al termine dell'affidamento pari a circa 300 milioni di euro, la rivalutazione porterebbe al gestore uscente una plusvalenza pari a circa 70 milioni di euro, che entrando a far parte degli ammortamenti del gestore entrante, provocherebbero un conseguente aumento della tariffa reale media quasi dell'8%, senza che ciò comporti maggiori investimenti o migliore qualità del servizio. L'unico a beneficiare di questa rivalutazione sarebbe, quindi, il gestore uscente, che si approprierebbe di una plusvalenza.

La seconda preoccupazione deriva invece da un'attenta lettura del Metodo normalizzato. Questo prevede che al gestore vengano rimborsati gli ammortamenti come risultanti dai libri contabili, a cui è applicato di anno in anno il tasso di inflazione programmata. In nessun punto del Metodo si menziona un'eventuale rivalutazione del capitale investito, né è previsto in alcun punto il riconoscimento del tasso di inflazione reale. Il Metodo prevede che la tariffa possa variare solo in base a nuovi investimenti, mentre ciò non accadrebbe nel caso di una rivalutazione alle condizioni attuali. Del resto, gli stessi principi contabili di origine civilistica vietano qualsiasi rivalutazione del capita-

⁸ A parte ovviamente nei casi di espropriazione da parte del regolatore, ossia quando il riscatto finale è fissato ad un valore inferiore al netto contabile espresso a costi storici.

le, ad eccezione di quelle autorizzate da norme apposite. Ne consegue che, anche qualora venga riconosciuto al gestore uscente la rivalutazione attualmente prevista, tale decisione potrebbe essere impugnata.

Diversamente, è necessario istituire un meccanismo per il controllo dello stato di mantenimento degli impianti. Le Convenzioni esistenti sono estremamente lacunose a riguardo. La manutenzione ordinaria è, infatti, conteggiata solitamente tra i costi operativi, sui quali il gestore ha già un incentivo a risparmiare, per appropriarsi del differenziale rispetto alla tariffa regolata. Essendo la manutenzione tra le attività di più difficile monitoraggio, il gestore tenderà a trascurarla in misura maggiore rispetto ad altre attività più visibili, per realizzare risparmi sui costi. Pertanto, a prescindere dal valore del riscatto, l'incentivo del gestore alla manutenzione negli ultimi anni dell'affidamento dipende dalla probabilità che si aggiudichi la gara per il rinnovo. Poiché la qualità della manutenzione è nota solo al gestore uscente, questi conserverà in fase di gara un consistente vantaggio nei confronti dei potenziali *competitors*. Nel periodo precedente la scadenza dell'affidamento, l'*incumbent* ha un forte incentivo a risparmiare in manutenzione, anche sopportando un aumento dei costi operativi e quindi una riduzione degli extra-profitti,⁹ al fine di segnalare un basso valore degli impianti e così scoraggiare i potenziali *competitors* dall'effettuare un'offerta aggressiva. Sembra più importante a questo proposito fornire degli incentivi espliciti, che incoraggino il gestore ad un'adeguata manutenzione ordinaria.

2.9.2 Linee guida

In un contesto regolatorio come quello italiano, dove gli investimenti realizzati sono interamente rimborsati a piè di lista, il criterio da adottare per il calcolo del valore residuo degli impianti è quello del netto contabile a costi storici. Infatti, se si analizza il problema in termini di "giusto" valore di riscatto, va notato che il regolatore deve curare anzitutto l'obiettivo di tutela del consumatore. Non vi è ragione per la quale il mero processo di rinnovo dell'affidamento debba penalizzare l'utente, quando invece il suo scopo è proprio l'opposto, cioè quello di abbassare le tariffe in linea col nuovo contesto tecnologico e gestionale (o liberare risorse per nuovi investimenti). Negli Stati Uniti o nel Regno Unito non vi è generalmente trasferimento di *asset*, in quanto le licenze sono perpetue e le aziende sono quotate in borsa, per cui lo *stock* di capitale regolato viene ricalcolato ad ogni revisione tariffaria e gli utenti assorbono nel tempo l'impatto delle rivalutazioni. In Francia, invece, dove come in Italia è stato adottato il modello di regolazione per contratto rinnovato periodicamente, non vi è rivalutazione del capitale.

Si consideri il grado di prevedibilità di tale valore, che determina gli incentivi all'investimento. Il valore residuo contabile degli impianti è un dato certo, per cui da questo punto di vista il gestore dovrebbe essere garantito in merito al valore di riscatto e non dovrebbe avere disincentivo ad effettuare investimenti.

Invero, il "giusto" valore di riscatto deve dipendere anche dallo stato degli impianti, in modo da incentivare un'adeguata manutenzione ordinaria. Impianti in buono stato consentiranno maggiori risparmi di costo a vantaggio del nuovo gestore (ciò sarà tanto più vero quanto più il gestore è intrinsecamente efficiente) e pertanto valgono di più; di ciò deve poter beneficiare anche il gestore uscente, come incentivo a comportarsi in maniera virtuosa anche negli ultimi anni di gestione. Inoltre, eventuali concorrenti saranno tanto più disposti a prendere parte alla gara quanto migliore è lo stato di manutenzione degli impianti e quanto maggiore è la loro efficienza intrinseca. Sarebbe quindi opportuno prevedere un elemento aggiuntivo di remunerazione del gestore uscente, in fun-

⁹ Si assume implicitamente che i guadagni in termini di costi operativi ottenibili attraverso un'appropriata manutenzione degli impianti siano sempre maggiori delle spese effettuate per eseguire la manutenzione stessa.

zione dello stato di manutenzione degli impianti, che tenga conto dei risparmi che il gestore entrante otterrà sui costi operativi. Tale elemento può concorrere a determinare l'incentivo del gestore uscente alla manutenzione ordinaria negli ultimi anni di affidamento.

Si potrebbe prevedere un sistema di penalità e premialità, calcolate come percentuale a detrazione o a maggiorazione del valore di riscatto spettante al gestore uscente. Tale sistema dovrebbe basarsi su un intenso monitoraggio durante l'affidamento o una stima peritale al termine dello stesso.¹⁰ Le penalità o premialità non dovrebbero essere trasferite nella nuova tariffa, ma dovrebbero essere assorbite dal soggetto entrante, che nell'un caso verserebbe di meno al gestore uscente perché sarebbe penalizzato dallo scarso livello di manutenzione e si vedrebbe aumentati i costi operativi durante la sua gestione, nell'altro caso dovrebbe pagare di più perché sarebbe avvantaggiato dalla maggiore produttività degli *asset* e potrebbe conseguire profitti più elevati. Il gestore uscente, invece, dovrebbe essere incentivato a mantenere gli impianti in buono stato di funzionamento, perché così facendo beneficerebbe di un più elevato valore di riscatto. Parallelamente, si dovrebbe facilitare l'adozione da parte del gestore uscente di un sistema di rilevazione delle perdite, anche capitalizzando tali spese come investimenti, su cui garantire il tasso di rendimento. Ciò contribuirebbe ad assicurare un adeguato livello di manutenzione.

Infine, dalla discussione emerge implicitamente che deve essere il nuovo gestore che riceverà in affidamento il servizio a provvedere al suddetto pagamento entro un termine prestabilito. Dovrebbe essere previsto in Convenzione l'obbligo dell'AATO di adoperarsi e garantire il rimborso da parte del gestore subentrante, attraverso una previsione esplicita nel bando di gara.

Quanto detto sinora vale nel caso di naturale termine del periodo di affidamento. Per gli altri casi occorrono invece delle precisazioni:

- In caso di applicazione della clausola risolutiva espressa, vista la gravità degli inadempimenti, il valore residuo può essere decurtato di una percentuale prefissata, che può variare dal 10% al 20%. Ciò ha l'effetto di dissuadere il gestore dal mascherare la volontà di interrompere la relazione per eccessiva onerosità, attraverso l'adozione di un comportamento soggetto a tale provvedimento.
- Nei casi di risoluzione per inadempimento del gestore o inadempimento dell'AATO, si suggerisce di fissare il valore pari a quello calcolato per il termine naturale della Convenzione.
- In caso di riscatto, è necessario compensare il gestore del mancato profitto, a norma di legge, calcolato in base alle previsioni del Piano di Ambito e scontato in valore attuale netto.

L'ammontare decurtato in caso di applicazione della clausola risolutiva espressa deve essere escusso dalla cauzione versata dal gestore, per non influire sugli incentivi del gestore entrante, che deve corrispondere per intero il valore residuo degli *asset*. La decurtazione potrebbe confluire in un fondo per il finanziamento degli investimenti durante il successivo affidamento. Analogamente, va decurtato dalla cauzione e posto nel suddetto fondo l'ammontare totale delle penali cui il gestore è eventualmente incorso nell'ultimo anno di gestione. Al contrario, in caso di riscatto, la differenza rispetto al valore residuo storico, per riflettere i mancati profitti, deve essere corrisposto dall'AATO direttamente al gestore uscente.

¹⁰ La stima in questo caso sarebbe soggetta a un minor grado di libertà rispetto a quanto avverrebbe applicando un metodo di valutazione patrimoniale.

2.10 *La risoluzione delle controversie*

All'interno di una relazione contrattuale di lungo periodo, e riguardante un compito complesso, è molto probabile che possano nascere delle dispute in merito alla corretta interpretazione e applicazione delle clausole contrattuali. Ciascuno dei due soggetti può sempre chiamare in causa la controparte e chiedere ad un Tribunale di decidere sul merito della controversia.

Questa possibilità è garantita dalla legge, ma per vari motivi una tale soluzione può portare a risultati insoddisfacenti per entrambi i soggetti dell'accordo. Infatti, i tempi di decisione della causa possono essere molto lunghi, la decisione è in parte imprevedibile e non garantisce una soluzione efficiente in quanto spesso i giudici non hanno le competenze tecniche ed economiche per valutare le implicazioni delle loro scelte. Infine, una causa giudiziaria è basata su una logica conflittuale, e per questo motivo rischia sempre di incrinare il rapporto fra le due controparti, rendendo più difficile, in generale, la continuazione della relazione contrattuale.

È quindi opportuno che in un contratto vi siano delle clausole che cerchino di ridurre il ricorso alle cause giudiziarie. Si dovrà quindi "invitare" le due controparti ad esperire preventivamente dei negoziati, magari coadiuvati anche da mediatori esterni, sui punti controversi. In alcuni casi può anche essere auspicabile il ricorso a forme alternative di risoluzione delle dispute, come il ricorso a comitati di esperti o l'arbitrato. Infine è necessario che il contratto definisca chiaramente quali siano i diritti e i doveri dei due soggetti nella fase in cui la disputa è in corso e non è ancora risolta, in modo da "immunizzare" il più possibile lo svolgimento della relazione contrattuale dall'esistenza della disputa.

L'importanza della disciplina di questo aspetto si può dedurre pure dal fatto che, nonostante nella legge 36/1994 (art. 11) e poi nel decreto legislativo 152/2006 (art. 151) non vi siano espliciti richiami alle modalità di risoluzione delle controversie tra le parti, la quasi totalità delle convenzioni tipo regionali e delle convenzioni concretamente stipulate tra le Autorità di ambito e i soggetti gestori, contengono di fatto una o più disposizioni volte a regolare l'eventuale futuro contenzioso derivante dall'esecuzione del contratto. Molte delle Convenzioni esistenti contengono una "clausola compromissoria", che può definirsi una pattuizione contenuta nel contratto con cui le parti stabiliscono che le eventuali controversie relative all'interpretazione ed esecuzione del contratto vengano deferite ad un collegio arbitrale composto da tre o più arbitri, anziché al giudice. Tale arbitrato può essere rituale o irrituale. Nel primo caso gli arbitri decidono secondo diritto e la loro decisione (lodo) ha valore giurisdizionale. Tale procedura è disciplinata agli articoli 806 e seguenti del c.p.c.. L'arbitrato irrituale o libero ha, invece, valore contrattuale e non ha l'efficacia di titolo esecutivo. La controversia può essere demandata a tale collegio arbitrale solo se nessuna parte vi si oppone. Il lodo in tal caso ha valore di contratto stipulato dagli arbitri in luogo e per conto delle parti.

L'arbitrato va tenuto distinto dal cosiddetto arbitraggio, disciplinato civilisticamente all'art. 1349 c.c., che prevede il deferimento ad un terzo del compito di determinare singoli punti del contenuto contrattuale. Tale istituto trova di regola applicazione laddove non sia ancora insorta una controversia tra le parti sull'aspetto specifico da determinare, mentre la clausola compromissoria presuppone la composizione, giudiziale o convenzionale, di una lite già insorta tra le parti. Come ha chiarito la Cassazione (Cass. Sez. I, n. 5707 del 2002) *presupposto fondamentale dell'arbitrato è l'esistenza di un rapporto controverso, che, invece, difetta del tutto nell'arbitraggio.*

2.10.1 Elementi critici nella disciplina esistente

Una prima criticità deriva dalla recente legge 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008), la quale all'art. 3 commi 19 e seguenti vieta alle pubbliche amministrazioni (tra cui ricadono anche le Autorità di ambito) “*di inserire clausole compromissorie in tutti i loro contratti aventi ad oggetto lavori, forniture e servizi, ovvero relativamente ai medesimi contratti, di sottoscrivere compromessi*”, pena la nullità delle clausole stesse¹¹. Da ciò si evince che allo stato legislativo attuale il divieto di arbitrati potrebbe estendersi anche alle convenzioni di gestione del s.i.i., anche se la materia resta ad oggi molto fluida e *in divenire*, in particolare per quel che concerne il settore dei servizi pubblici locali.

Il motivo di fondo che, comunque, ha accompagnato la reintroduzione del suddetto divieto¹² va ricercato essenzialmente, nei seguenti dati di fatto:

- il costo del giudizio arbitrale è significativamente più elevato del giudizio ordinario;
- laddove non sia intervenuta una transazione, le pubbliche amministrazioni sono generalmente risultate soccombenti nella maggioranza dei giudizi arbitrali;
- i lodi arbitrali impugnati sono stati, a loro volta, nella maggior parte dei casi dichiarati nulli;
- i tempi di svolgimento sono risultati assai lunghi.

Vi sono quindi delle perplessità sulla reale vantaggiosità di tale forma di risoluzione delle controversie. Ovviamente, sarebbe necessario un confronto con i costi che le parti sopportano nel caso in cui si rivolgano al Tribunale Civile. Infatti, non vanno considerati solo i costi del giudizio, ma pure quelli derivanti dal tempo necessario a giungere alla decisione e quelli derivanti dalla maggiore incertezza sull'esito della controversia.

Una seconda limitazione alla applicabilità delle clausole compromissorie deriva dalla nota sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale riguardante questa materia. La Corte, valutando la legittimità dell'art. 33 del decreto legislativo n. 80/1998, ha chiarito che la materia dei pubblici servizi, tra cui rientra anche il servizio idrico (e relativa sia all'istituzione, modificazione o estinzione dei soggetti gestori di pubblici servizi che alla vigilanza e controllo nei confronti dei gestori di pubblici servizi) “*può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo*” mentre le questioni che hanno attinenza al diritto societario, ossia inerenti alla vita del soggetto gestore, così come quelle relative all'esercizio delle facoltà contrattuali attinenti all'aspetto esecutivo della convenzione e implicanti l'utilizzo di strumenti privatistici sono questioni di diritti soggettivi e rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario¹³.

Vi sono quindi una serie di aspetti della relazione fra ente concedente e gestore che possono essere valutati esclusivamente da un tribunale amministrativo. Solo nei casi residuali le parti possono decidere di non rivolgersi al giudice ma di scegliere una modalità alternativa di risoluzione della controversia (sempre che non si debba applicare l'esclusione generale prima menzionata). Da ciò si

¹¹ La legge prevede anche una norma transitoria (art. 3 comma 21) per i contratti già sottoscritti alla data di entrata in vigore della legge (1 gennaio 2008) e per le cui controversie i collegi arbitrali non si siano ancora costituiti alla data del 30 settembre 2007, ponendo in capo alle amministrazioni l'obbligo di declinare la competenza arbitrale, ove tale facoltà sia prevista nella clausola arbitrale. Il divieto su menzionato risulta in vigore dal 1 luglio 2008 ai sensi dell'art. 15 del decreto legge n. 248/2007, convertito con legge n. 31/2008 e nonostante il tentativo (contenuto nella previsione dell'art. 8 del decreto legge 113/2008 mai convertito), di differirne ulteriormente l'entrata in vigore.

¹² Si ricordi infatti a tal proposito che il divieto era già stato introdotto una prima volta con l'art. 32 comma 2 della legge n. 109/1994 per i lavori pubblici, e poi superato con la previsione dell'art. 9 bis della legge n. 216/1995.

¹³ In tal senso si richiamano, tra le molte, Consiglio di Stato, sez. V, n. 6867/2004; Consiglio di Stato, sez. V, n. 863/2006; Cass. Sez. Un. n. 532/2000 e n. 7799/2005.

deduce la criticità associata al fatto che nelle convenzioni esistenti spesso non viene menzionato l'ambito oggettivo delle clausole compromissorie e si prevede la devoluzione ad arbitri di *qualunque* controversia possa insorgere tra le parti¹⁴. Al riguardo sarebbe forse più opportuno prevedere una specialità e specificità del giudizio arbitrale stabilendo la tipologia di questioni che possono essere efficacemente deferite ad arbitri.

Un ulteriore elemento di debolezza che emerge dalla formulazione delle clausole compromissorie contenute nelle convenzioni esaminate è sicuramente la natura facoltativa del ricorso al giudizio arbitrale: nella quasi totalità dei casi esaminati è esplicitamente previsto il ricorso al giudizio arbitrale *“se una delle parti non vi si oppone”*. Ciò finisce per vanificarne la efficacia in termini di risoluzione effettiva del contenzioso, in quanto una delle due parti può decidere per proprio interesse di non accettare tale procedura, costringendo l'altra parte al più lungo, e più incerto, ricorso al giudice.

Occorre inoltre considerare che spesso la controversia nasce dalla difficoltà di interpretare la corretta applicazione delle clausole contrattuali a fronte di materie molto complesse, come alcuni interventi infrastrutturali o operazioni finanziarie. Se le parti non trovano un accordo e demandano il giudizio a degli arbitri vi è il rischio che questi si trovino a dover decidere in poco tempo senza avere ben chiara la materia, venendo così costretti a decisioni approssimative. In tali casi potrebbe essere opportuno prevedere la possibilità di nominare un comitato di tecnici, esperti sulla materia, che possono esprimere un parere terzo sulla corretta applicazione del contratto. Questa forma di *“arbitraggio”* è raramente richiamata in alcune convenzioni e sarebbe forse opportuno che venisse prevista in un numero maggiore di casi in quanto potrebbe diminuire la probabilità che la controversia insorga.

In genere le clausole compromissorie invitano le parti a tentativi di conciliazione autonoma prima di demandare l'oggetto della controversia al collegio arbitrale. Tale invito alla negoziazione fra le parti è però in genere piuttosto blando nelle convenzioni esistenti, e vi è il forte rischio che resti lettera morta. In genere si richiede che tale negoziato venga condotto secondo buona fede, ma non si fa appello a nessun accorgimento procedurale, né si prevede il ricorso a mediatori esterni che facilitino il dialogo. I termini contrattuali non possono certo obbligare le due controparti a trovare un accordo che risolva ogni loro disputa. Ma una disciplina più definita della procedura con cui deve essere condotto questo negoziato *“interno”* permette di garantire che questo primo e più *“economico”* tentativo di risoluzione delle controversie venga effettivamente condotto e che vi siano delle effettive possibilità di un avvicinamento nella posizione delle due controparti.

Infine, la maggior parte delle convenzioni prevede l'obbligo per il Gestore di non sospendere nessuna delle obbligazioni assunte con il contratto in presenza di una controversia. Tale formula è comprensibile, vista la natura pubblica del servizio che viene svolto. Tuttavia un obbligo così formulato appare troppo rigido in quanto l'esecuzione di eventuali direttive palesemente in contrasto con lo spirito e la lettera del contratto può risultare inefficiente per entrambi i soggetti *ex-post*, ed inoltre può creare tra le parti un clima di tensione e urgenza che certo non favorisce un tentativo di composizione negoziale della situazione controversa.

¹⁴ Una tipica dizione prevede che *“qualunque controversia tra l'Autorità d'ambito ed il gestore che dovesse insorgere per causa, in dipendenza o per l'osservanza, interpretazione ed esecuzione della convenzione medesima, anche per quanto non espressamente contemplato, ma afferente all'esercizio della gestione del s.i.i.”*.

2.10.2 Linee guida

Il contratto dovrebbe prevedere tentativi a diversi livelli per affrontare la risoluzione delle dispute, da esperire in un preciso ordine sequenziale, di cui dovrebbero pure essere disciplinati i tempi e le modalità di avvio. Il primo livello è quello della disciplina del negoziato interno fra le due controparti. Si dovrebbe prevedere che all'emergere di una diversa interpretazione sulla corretta applicazione del contratto, le due parti debbano nominare dei responsabili per la conduzione del negoziato seguendo un calendario predefinito nel contratto e modificabile solo con l'accordo unanime dei due soggetti. Sarebbe inoltre auspicabile invitare le parti ad avvalersi di uno o più mediatori esterni con funzioni di conciliazione. Il loro compito cioè non sarebbe quella di entrare nel merito della disputa, ma solo quella di aiutare i due soggetti a comprendere il punto di vista della loro controparte, facilitando così il dialogo fra loro. Tale collegio di conciliazione dovrebbe inoltre verbalizzare gli incontri e tutti gli altri documenti prodotti durante tale negoziato, in modo che tali atti scritti siano conoscibili anche da eventuali soggetti esterni che venissero coinvolti in seguito per la risoluzione della disputa.

Nel caso in cui il negoziato fra le parti non permetta di giungere ad un accordo che soddisfi entrambi, si dovrebbe prevedere la possibilità (quindi solo in caso di accordo fra le parti) di ricorrere ad un esperto (o un comitato di esperti nei casi più complessi) nominato di comune accordo dai due soggetti. Tale comitato dovrebbe svolgere una specie di arbitraggio procedendo con equo apprezzamento (*arbitrium boni viri*) alla determinazione, ossia considerando equamente gli interessi dell'AATO e del gestore. La convenzione deve specificare che la decisione dell'arbitratore è vincolante per le parti ed integra il contenuto del contratto. Si ritiene che le ipotesi in cui possa trovare applicazione tale clausola riguardino i casi in cui le parti debbano procedere alla determinazione di un valore e di un'entità ovvero debbano provvedere alla determinazione degli adeguamenti e delle modifiche da apportare al Piano e non raggiungano un accordo immediato sul punto. Nella clausola relativa a tale aspetto dovrà essere inoltre specificato che laddove una delle due parti non si adegui alla determinazione dell'arbitratore, l'altra parte ha il diritto di risolvere il contratto, indipendentemente dalla circostanza che la controparte abbia impugnato la predetta determinazione.

Uno strumento alternativo all'arbitraggio è la cosiddetta **perizia contrattuale** che ricorre quando le parti deferiscono ad uno o più soggetti, scelti per la loro particolare competenza tecnica, il compito di formulare un accertamento tecnico che esse preventivamente si impegnano ad accettare come diretta espressione della loro volontà contrattuale. Tale procedura si distingue dall'arbitraggio in quanto al perito non è richiesto di agire con equo apprezzamento bensì sulla base di norme tecniche e di criteri tecnico-scientifici propri della materia nel cui ambito si iscrive la valutazione che lo stesso è stato incaricato di compiere. Le decisioni di tali esperti esterni non garantiscono che una delle due parti non voglia comunque aprire una controversia formale rivolgendosi a degli arbitri o a dei giudici, ma se i tecnici prescelti hanno molta competenza nella materia che ha originato la disputa, si avrà probabilmente un parere autorevole che può aiutare a raggiungere un accordo mutualmente soddisfacente¹⁵.

Il contratto potrebbe¹⁶ infine prevedere una clausola compromissoria che dovrebbe valere tutte quelle volte in cui le parti non sono riuscite a risolvere la controversia di comune accordo. Tale clausola prevede la delega della controversia ad un collegio di arbitri ed è regolata dalle relative norme del codice di procedura civile. L'arbitrato dovrebbe svolgersi secondo un contraddittorio, per

¹⁵ Per incentivare il comitato ad essere veramente indipendente e a proporre una decisione che possa andare incontro alle esigenze delle due controparti si dovrebbe prevedere che il compenso dei tecnici sia maggiore quando entrambi i soggetti accettino di adottare la decisione da loro proposta e non insistano nel portare avanti la controversia.

¹⁶ Si ritiene infatti che l'opportunità del ricorso ad un collegio arbitrale debba essere valutata dalle parti e non è quindi corretto che sia imposta a livello di convenzione tipo.

cui ogni parte potrà produrre una propria memoria. Ma il collegio dovrebbe potersi avvalere anche di tutti i documenti prodotti durante i vari tentativi di composizione del conflitto, compresa l'eventuale soluzione proposta dagli esperti. In genere è auspicabile il ricorso all'*arbitrato rituale*, applicabile cioè senza che debba essere richiesto l'accordo ex-post delle parti. Questo permette di evitare eventuali forme di ostruzionismo ad una risoluzione più rapida della controversia. Ovviamente la clausola dovrebbe menzionare le materie che possono essere demandate al collegio arbitrale, escludendo quelle di competenza esclusiva del giudice amministrativo.

Al fine di mantenere un clima disteso fra le parti e di evitare che in presenza di una controversia una parte possa comunque obbligare l'altra ad attuare scelte gravose e ritenute ingiuste contro la propria volontà, sarebbe opportuno prevedere nel contratto delle apposite misure cautelative a favore del gestore. Questi dovrebbe avere il potere di sospendere l'applicazione delle direttive dell'AATO a meno che queste non siano conseguenti ad obblighi di legge o di evidente urgenza. Salvo queste eccezioni quindi, si dovrebbe concedere al gestore la possibilità di non intraprendere azioni straordinarie durante la controversia e di essere esonerato da eventuali penali collegate a questo tipo di inazione. Il contratto potrebbe prevedere che nelle fasi di risoluzione delle controversie alcune decisioni "provvisorie" siano delegate ai soggetti terzi che cercano di facilitare la risoluzione della controversia fra le parti.

Per completezza si sottolinea, infine, che le clausole relative alla risoluzione delle controversie hanno una diretta correlazione con altri elementi del contratto. In particolare, è opportuno coordinare la disciplina delle stesse con quella relativa alle clausole che disciplinano le modifiche del Piano di ambito, il sistema di penalizzazioni e le cause di estinzione del rapporto.

2.11 I rapporti con gli enti finanziatori

La Convenzione di gestione, in quanto fonte di diritti e obblighi delle controparti, è al centro di un'intensa attività di scrutinio da parte degli enti finanziatori. Per questo, deve possedere alcune caratteristiche che ne determinano l'attitudine al finanziamento, altresì detta "bancabilità". Una Convenzione è bancabile se il flusso di cassa atteso non è messo a repentaglio da decisioni arbitrarie da parte dell'AATO e se i rischi che il gestore non può controllare sono trasferiti su altre parti, ad esempio gli utenti. L'esperienza dimostra che quando una Convenzione non tiene in considerazione l'elemento della bancabilità, i gestori trovano estrema difficoltà nel reperire le risorse finanziarie necessarie a realizzare gli investimenti. In particolare, quando predispongono un finanziamento strutturato, le banche non si basano prevalentemente sulla meritorietà del prenditore, ma mirano ad essere rimborsate attraverso i flussi di cassa del progetto. La prevedibilità di tali flussi è quindi l'elemento determinante per la bancabilità. Per le banche i flussi di cassa dovrebbero essere certi lungo tutto l'arco di tempo dell'affidamento. Tuttavia, l'affidamento di un servizio è di solito effettuato per un periodo lungo, tra i 20 e i 30 anni. In questo lasso di tempo, le condizioni economiche sottostanti l'affidamento potrebbero variare sensibilmente, alterando i flussi di cassa. E' per questo che le regole stabilite nella convenzione di affidamento assumono un'estrema importanza.

Ciò che interessa alle banche è che il gestore sia in grado di onorare annualmente il servizio del debito concesso. Non è quindi essenziale che il gestore consegua elevati profitti, ma che le regole in base alle quali questi è remunerato (e penalizzato) siano sufficienti a garantire un determinato flusso di cassa e che siano soggette a un limitato grado di discrezionalità da parte dell'AATO, in quanto ben definite nella Convenzione. In questo modo, le conseguenze di ciascun atto o comportamento saranno prevedibili. In caso contrario, invece, sorge un problema di credibilità della regolazione: il gestore non è adeguatamente protetto da eventuali decisioni arbitrarie prese dal regolatore. Pertanto, affinché una Convenzione sia bancabile, è necessario risolvere il compromesso tra la flessibilità, necessaria a procedere agli aggiustamenti periodici, e la credibilità, essenziale a far sì che le conseguenze di tali aggiustamenti siano prevedibili.

2.11.1 Elementi critici nella disciplina esistente

Le Convenzioni analizzate sono state redatte per la maggior parte senza tenere in considerazione la necessità di garantire gli enti finanziatori rispetto al regolare pagamento del servizio del debito. Solo in alcune Convenzioni vi sono isolate disposizioni in merito. Tale circostanza ha sicuramente contribuito alla difficoltà che taluni gestori incontrano nel reperire fonti di finanziamento.

2.11.2 Linee guida

Gli elementi della Convenzione su cui gli istituti di credito pongono attenzione sono:

- Regole per l'adeguamento progressivo delle componenti tariffarie (revisioni periodiche)
- Regole per l'adeguamento della tariffa in circostanze eccezionali (revisioni straordinarie)
- Definizione dell'equilibrio economico finanziario
- Attribuzione del rischio e delle conseguenze degli eventi di forza maggiore
- Applicazione delle penalità (come vengono calcolate e quando verranno applicate)
- Risoluzione delle controversie
- Facoltà di applicare misure cautelative in caso di controversia (diritti di *set-off*)
- Circostanze che danno luogo a cessazione dell'affidamento (risoluzione anticipata)
- Criteri di calcolo del valore residuo (al termine dell'affidamento e per risoluzione anticipata)
- Diritti di subentro degli enti finanziatori in caso di risoluzione della Convenzione (*step-in*)

Avendo già analizzato nei paragrafi precedenti la maggior parte di tali disposizioni, già con l'ottica di redigere una Convenzione che allochi in modo efficiente i rischi connessi al servizio, in questa sede ci si concentra sugli eventi di forza maggiore, sulle misure cautelative in occasione delle controversie e sui diritti di subentro in caso di risoluzione anticipata.

Riguardo agli eventi di forza maggiore, la Convenzione deve anzitutto definire i criteri che consentono di classificare una circostanza come tale, per poi specificare quali azioni vanno compiute in tali occasioni. Oltre le usuali circostanze, come le guerre, le catastrofi naturali, ecc., è opportuno specificare alcune altre circostanze, che si ritiene siano al di fuori del controllo del gestore. Ma poiché è impossibile elencare tutte le possibili circostanze di forza maggiore, occorre anche stabilire un criterio guida, che ne circoscriva adeguatamente i confini. Ad esempio, le circostanze di forza maggiore potrebbero essere quelle impossibili da prevedere e da fronteggiare, non attribuibili a colpa o dolo, che rendono materialmente impraticabile o estremamente costosa la prestazione del servizio. E' opportuno limitare la forza maggiore a quegli eventi che rendono impossibile la prosecuzione del servizio, poiché per tutte le altre circostanze vi è la procedura di revisione straordinaria e gli altri meccanismi di ristabilimento dell'equilibrio economico-finanziario. Il riconoscimento di una circostanza di forza maggiore dovrebbe essere effettuato in contraddittorio con il gestore, non in modo unilaterale da parte dell'AATO.

Una volta definita la forza maggiore, occorre specificare le conseguenze di un suo verificarsi. Anzitutto, il gestore deve essere esonerato dal raggiungimento degli obiettivi di prestazione per tutto il periodo in cui perdura l'evento. Al loro posto, può essere inserito l'obbligo di cooperare e adoperarsi per porre termine all'evento o rispondere adeguatamente ad esso, ad esempio preparando un piano di emergenza. Se l'evento di forza maggiore dura più di un termine stabilito (ad esempio 6 mesi o un anno), dovrebbe essere possibile rinegoziare la Convenzione o essere concessa la facoltà di recedere dal contratto senza costi aggiuntivi.

In tema di controversie, di solito se una parte è in difetto, la controparte è comunque tenuta a rispettare le proprie obbligazioni. Ciò può creare qualche problema, soprattutto al gestore. Ad esempio, se l'AATO è in ritardo nell'approvazione del volume dei ricavi regolati per il periodo successivo o della nuova articolazione tariffaria, il gestore incontrerà delle difficoltà a finanziare le proprie spese, sarà costretto a sospendere o posticipare alcune attività e potrebbe anche incorrere nelle penali. Per evitare tale problema, si potrebbe riconoscere in Convenzione la facoltà al gestore di ricorrere unilateralmente a misure cautelative (diritti di *set-off*) in caso di difetto dell'AATO o di particolari controversie (ad esempio sulla revisione tariffaria o sulle misure di riequilibrio economico-finanziario), limitando contemporaneamente la sua responsabilità per il mancato raggiungimento degli obiettivi di prestazione. Le misure cautelative possono essere di vario tipo e, ferma restando la continuità del servizio, possono includere il deferimento di alcuni investimenti, l'aggiustamento unilaterale delle tariffe, la sospensione del pagamento del canone di concessione.

Da ultimo, è opportuno specificare in Convenzione la facoltà per gli enti finanziatori di subentrare al gestore nel caso di risoluzione anticipata (diritto di *step-in*). Tale misura consente alle banche, in caso di insolvenza del gestore uscente, di proporre all'AATO un altro gestore incaricato del servizio per il periodo residuo dell'affidamento, o finché il prestito non è stato interamente rimborsato. La possibilità aperta ha la finalità di garantire la continuità sia del servizio, sia del pagamento del servizio del debito. Parallelamente, è utile prevedere per i casi di finanziamento strutturato che, qualora il nuovo gestore fosse selezionato dall'AATO e non dagli enti finanziatori, questi si assumerà gli oneri residui relativi al finanziamento del progetto.