

Formazione IFEL
per i Comuni



*Indicatori di performance per
l'applicazione di penali e
decurtazioni e il monitoraggio
del contratto*

Avv. Valentina Milani



1. Il PPP per realizzare gli investimenti PNRR: una premessa necessaria

Il PPP è un **contratto di durata** che consente alla PA di realizzare interventi complessi o di grande dimensione o, ancora, interventi seriali su vaste aree territoriali di riferimento, che la PA non è in grado di realizzare da sola perché non sa farlo – es. investimenti ad alto tasso di innovazione o tecnologici – o perché è inconveniente in ogni caso per la PA farlo da sola.

L'importanza di tale tipologia contrattuale emerge con forza con riferimento agli investimenti a valere sulle risorse PNRR.

Proprio perché il PNRR è il più imponente piano di investimenti e riforme approntato dal nostro Paese dal secondo dopoguerra al fine di superare la crisi pandemica e rimettere in moto l'economia, in vista di una **crescita più robusta, sostenibile e inclusiva**.

I.a Le ragioni del PIANO

L'Italia ha sofferto più di altri Paesi europei la pandemia da Covid 19:

- siamo stati i primi a imporre il lockdown generalizzato per contenere la dura crisi sanitaria che si è abbattuta sul nostro Paese
- abbiamo registrato un numero di decessi tra i più significativi in Europa.
- solo nel 2020, il PIL italiano si è ridotto dell'8,9% a fronte di una media europea di quasi 3 punti più bassa (6,2%).

È chiaro che l'emergenza ha trovato un contesto economico, sociale e ambientale piuttosto fragile.

Il Piano rappresenta l'occasione per il nostro Paese di ristrutturare dalle fondamenta la nostra economia, trainando le generazioni nell'Italia del futuro. Quindi la sfida è epocale. E per vincerla serve un'alleanza formidabile come quella determinata dalle partnership tra pubblico e privato.

I.b I numeri del PIANO

il Piano vale **191,5 miliardi** (ottenuti dall'Europa nell'ambito del programma Next Generation EU) a cui si aggiungono **30,6 miliardi** di Fondo complementare messi a disposizione dal governo.

Abbiamo in totale di **222,1 miliardi** da investire su **6 Missioni**:

1. Digitalizzazione
2. Transizione ecologica
3. Infrastrutture per una mobilità sostenibile
4. Istruzione e ricerca
5. Inclusione e coesione
6. Salute

articolate in **16 Componenti**, che scandiscono le linee di intervento realizzabili con le risorse del piano.

I.b I numeri del PIANO

Le prime due missioni: digitalizzazione e innovazione da una parte, con 40,29 miliardi, e rivoluzione verde e transizione ecologica dall'altra, con 59,46 miliardi, coprono da sole quasi la metà del piano.

Proprio nella seconda Missione si collocano in larga parte gli ambiti di intervento a cui si rivolge il Corso: il pinqua (programma innovativo nazionale per la qualità dell'abitare promosso da Mims), la rigenerazione urbana, le comunità energetiche (forme energetiche collaborative) e il piano borghi. Solo il Fondo complementare aree sisma 2009 e 2016 mette a disposizione 68 milioni di euro per realizzare impianti di energia da fonti rinnovabili (elettriche e termiche) e Comunità energetiche rinnovabili (CER), 234 milioni per il recupero di edifici ed efficientamento energetico, ecc.

Gli interventi per oltre il 40% saranno finanziati al sud.

I.c Le tempistiche del PIANO

Abbiamo **6 anni** per portare a compimento gli obiettivi del piano.

Dal 2021 al 2026 dobbiamo investire.

Nel biennio 2021-2022 la maggior parte degli obiettivi è stata di natura organizzativa e funzionale (**milestones**).

Dal prossimo anno gli investimenti accelerano repentinamente e così anche i bandi, le progettualità e le risorse messe a disposizione (**target**).

I.d Le caratteristiche del PIANO che giustificano il ricorso al PPP

Le caratteristiche principali del piano che ci introducono al tema della lezione:

- a) non è un piano di spesa, ma un piano **per obiettivi. Dobbiamo perseguire risultati tangibili e misurabili.**

Dobbiamo generare valore e soprattutto sviluppo economico, sociale e territoriale. Non è vero che l'Italia non riesce ad accedere o a spendere i fondi europei. Fino ad oggi non abbiamo restituito nemmeno un centesimo il problema è che abbiamo «speso» invece di «investire» in modo responsabile ed efficiente e, quindi, abbiamo speso male.

I.e Il PPP come strumento ottimale per l'attuazione del PIANO

Gli investimenti PNRR devono:

- realizzare investimenti remunerativi ove possibile, capaci tendenzialmente di stare in piedi indipendentemente dall'intervento pubblico secondo una sana e funzionale logica imprenditoriale
- creare valore e sviluppo
- non generare nuovo debito e deficit

I.e Il PPP come strumento ottimale per l'attuazione del PIANO

Data questa premessa, capiamo facilmente l'importanza del PPP, e la necessità di un corretto ricorso a questo strumento per investire in maniera funzionale. Le ragioni:

1. Il **PPP consente il trasferimento di competenze e know how alle PA**. I privati in settori ad alto tasso tecnologico o di innovazione (non soltanto digitale ma anche energetica o ecologica ad esempio) possono far vedere alla PA realtà che non conosce.
2. Il **PPP consente** meglio di altri contratti pubblici **di fornire servizi alla collettività**. La pandemia, ancor più della globalizzazione, ha imposto nuove esigenze e fabbisogni. L'infrastruttura ha cambiato fisionomia e funzione. Sono i servizi a guidare la realizzazione delle opere. I territori non hanno bisogno solo di cemento, la qualità e il benessere delle collettività passa dalla qualità, accessibilità modernità inclusività e sostenibilità dei servizi. L'infrastruttura in molti casi si dematerializza, diventa polifunzionale, cambia conformazione.

I.e Il PPP come strumento ottimale per l'attuazione del PIANO

3. Il PPP consente di generare l'effetto leva grazie all'apporto di capitali privati in sinergia con le risorse del PNRR. È chiaro che più la PA saprà utilizzare logiche di matching fund tra i propri fondi a bilancio, i fondi europei e i capitali privati, che in questa fase abbondano e sono alla costante ricerca di classi di investimento, nella programmazione degli interventi e maggiori saranno le progettualità e i risultati.

4. Il PPP se ben costruito consente di contabilizzare l'operazione off balance

5. Il PPP consente la misurazione delle performance del partner privato e il monitoraggio delle prestazioni contrattuali. Nei rapporti di durata è fisiologico programmare le azioni e riuscire a misurarle sul piano della qualità e dei risultati, anche correggendo il tiro laddove necessario o opportuno ovvero sanzionando le inefficienze più gravi.

II. La misurazione delle performance e il monitoraggio del contratto

Il punto 5 della slide precedente introduce più specificamente il tema oggetto della lezione di oggi: l'importanza per la PA di misurare le performance realizzate dal “partner privato” nell'ambito del PPP attraverso un sistema di indicatori quantificabili, sintetici e significativi che permettano di monitorare l'andamento del rapporto negoziale con riferimento al livello delle prestazioni richieste e verificare la permanenza di un corretto riparto del rischio tra PA e OE.

Semplificando

- quando si parla di contratto di PPP in Italia si fa riferimento nella maggior parte dei casi alla concessione per la progettazione costruzione e gestione di opere (in questo caso considereremo le opere cd. fredde)

II. La misurazione delle performance e il monitoraggio del contratto

- in tale tipologia di contratto di PPP il privato partecipa, oltre che con la propria *expertise* anche con propri capitali (non meno del 51% del prezzo complessivo dell'opera) alla progettazione e realizzazione di un'opera pubblica o di pubblica autorità, in cambio del diritto di gestire la stessa opera e sfruttandola economicamente al fine di remunerare l'investimento realizzato.
- il privato non è un mero fornitore della PA ma è un partner strategico nel perseguimento dell'interesse pubblico e in questa veste va considerato nell'ambito del contratto.
- nel contratto le tre fasi del rapporto negoziale: progettazione, costruzione e gestione, sono strettamente collegate tra loro e la corretta realizzazione di ciascuna fase è idonea a riflettersi sulle altre con conseguenze dirette o indirette sulle fasi successive e sul buon esito dell'operazione di PPP complessivamente considerata.

II. La misurazione delle performance e il monitoraggio del contratto

- il fulcro dell'intero sistema è la corretta ripartizione dei rischi del contratto tra pubblico e privato, attraverso un adeguato assetto contrattuale ben riflesso nella matrice dei rischi.
- il contratto, secondo le linee guida ANAC, si configura come *“il principale strumento di garanzia per un'efficiente esecuzione del contratto, una corretta allocazione dei rischi tra le parti e il mantenimento in capo all'operatore economico del rischio allo stesso trasferito, nonché per evitare possibili riclassificazioni finanziarie ex post dell'operazione di partenariato da “fuori” a “dentro” il bilancio dell'amministrazione”*.

II.a Le misure contrattuali per la misurazione delle prestazioni

In linea con le linee guida n. 9 dell'ANAC e il contratto standard approvato dal MEF e dall'ANAC, le Amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a prestare particolare attenzione alla presenza, nei contratti di PPP di:

- a) **indicatori di performance**
- b) **previsioni contrattuali e penali**, basate su criteri oggettivi e certi – es. decurtazioni automatiche –, per sanzionare gli inadempimenti segnalati dal mancato rispetto degli indicatori di performance
- c) **meccanismi di monitoraggio** che consentano di verificare in concreto la permanenza in capo all'operatore economico dei rischi trasferiti (rischi di progettazione, costruzione, disponibilità, ecc.). Il contratto di PPP dovrà prevedere l'implementazione di un sistema volto a garantire il flusso informativo tra operatore economico e Amministrazione.

II.b I principi per la redazione delle clausole in fase di progettazione e costruzione

- In fase di progettazione e costruzione l'indicatore di performance è il tempo, vale a dire il rispetto delle tempistiche da cronoprogramma
- il ritardo nella consegna dell'opera riduce proporzionalmente la durata della gestione (sanzione principale)
- il ritardo per rilevare deve essere imputabile al Concessionario
- in fase di progettazione può essere recuperato entro certi limiti in fase di costruzione

II.b I principi per la redazione delle clausole in fase di progettazione e costruzione

- il ritardo che comporta la consegna dell'opera oltre il termine finale stabilito produce l'irrogazione di una sanzione in termini di penale quantificata in misura percentuale rispetto al valore totale dei lavori (sanzione secondaria)
- le penali di ammontare superiore a una certa soglia possono comportare la risoluzione del contratto
- la penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno

II.c Un esempio: l'articolo 22 del Contratto Standard MEF / ANAC

22. DECURTAZIONI E PENALI PER RITARDI IN FASE DI PROGETTAZIONE E DI COSTRUZIONE

1. Il Concessionario è responsabile, indipendentemente dalla prova del danno, di ogni ritardo a lui riconducibile in Fase di Progettazione e di Costruzione. I giorni di ritardo in Fase di Progettazione e di Costruzione riducono conseguentemente la durata della Gestione.
2. Per ogni giorno di ritardo, riconducibile al Concessionario, rispetto al termine finale di consegna dell'Opera stabilito nel Cronoprogramma, si applica una penale corrispondente al [% precisare la percentuale in numeri e in lettere] dell'importo totale dei lavori, al netto dell'IVA.

II.c Un esempio: l'articolo 22 del Contratto Standard MEF / ANAC

3. [Qualora la Concessione preveda il Contributo] Il Concedente decurta gli importi derivanti dall'applicazione delle penali dalle somme risultanti nel certificato di pagamento relativo al saldo del Contributo successivo al collaudo finale dell'Opera con esito positivo. Qualora le penali eccedano l'ammontare del pagamento, il Concedente recupera la parte residua, rivalendosi sulla garanzia fideiussoria di cui all'articolo 33.

ovvero

3. [Qualora la Concessione non preveda il Contributo] Il Concedente, per gli importi derivanti dall'applicazione delle penali, si rivale sulla garanzia fideiussoria di cui all'articolo 33.

II.c Un esempio: l'articolo 22 del Contratto Standard MEF / ANAC

4. Qualora l'importo dovuto dal Concessionario a titolo di penale sia complessivamente superiore al valore di [•%], da computare sull'importo totale dei lavori al netto dell'IVA, il Concedente può esercitare la facoltà di cui all'articolo 37.
5. Le penali di cui al presente articolo sono dovute indipendentemente dalla prova del danno.

II.d I principi per la redazione delle clausole in fase di gestione

- La gestione dei servizi rappresenta il fulcro dello schema di contratto, perché è attraverso la gestione che si generano i ricavi volti a remunerare l'investimento. La fase di gestione ha inizio a seguito del collaudo dell'opera con esito positivo
- **il Concessionario è responsabile in via diretta** nei confronti del Concedente della effettiva disponibilità dell'opera e della corretta erogazione di tutti i servizi oggetto del contratto, anche in caso di subappalto/affidamento a terzi o affidamento diretto ai soci della società di progetto
- **il Concedente riconosce** al Concessionario **un corrispettivo** a fronte: dell'effettiva disponibilità dell'opera e dell'effettiva erogazione dei servizi conseguenti in entrambi i casi al **Livello Obiettivo**

II.d I principi per la redazione delle clausole in fase di gestione

- la performance è misurata sulla base di **una scala di valori che va dal Livello Minimo al Livello Obiettivo** secondo un sistema definito nel “Capitolato di Gestione”
- **nel caso in cui il livello della prestazione resa sia inferiore al Livello Obiettivo ma superiore al Livello Minimo** del corrispondente Indicatore ad esempio di Disponibilità, **il corrispettivo è automaticamente decurtato** (di tanti punti quanti sono quelli attribuiti al valore della prestazione non resa secondo quanto indicato in un documento distinto dal Capitolato di gestione, vale a dire il documento “*Meccanismo di rettifica del corrispettivo*”)
- il **mancato raggiungimento** per ciascun Indicatore **del Livello Obiettivo costituisce inadempimento** del Concessionario con conseguente automatica decurtazione del Corrispettivo

II.d I principi per la redazione delle clausole in fase di gestione

- In talune circostanze la **decurtazione può essere maggiorata**; ad esempio: **(i)** se a seguito dell'inadempimento del Concessionario si renda necessario l'intervento sostitutivo del Concedente o **(ii)** qualora varie decurtazioni, cumulativamente considerate nel periodo di riferimento (anno), siano di ammontare pari o superiore a una determinata percentuale del corrispettivo dovuto per l'anno stesso
- **la decurtazione può essere maggiorata solo fino ad erodere la remunerazione, ma senza mandare in perdita l'OE**
- **in caso di mancato raggiungimento del Livello Obiettivo il Concedente può sempre risolvere il contratto**

II.d I principi per la redazione delle clausole in fase di gestione – Precisazioni Eurostat

Precisa Eurostat che, ai fini del trattamento statistico e contabile, i contratti di PPP **per non essere automaticamente registrati on balance** devono prevedere:

- **clausole di adeguamento automatico su presupposti oggettivi del canone** in caso di indisponibilità del bene e di scarsa prestazione del servizio da parte del Concessionario: (a) **l'importo da decurtare deve essere oggettivo** non deve essere lasciato alla discrezionalità delle parti o alla loro trattativa (b) la **decurtazione deve essere automatica** e non mediata da passaggi discrezionali.
- Il meccanismo di decurtazione deve essere basato su un **principio di proporzionalità** per un periodo di tempo significativo: disponibilità 100% canone 100% disponibilità 0 canone 0.

II.d I principi per la redazione delle clausole in fase di gestione – Precisazioni Eurostat

- La **decurtazione** per indisponibilità **può essere neutralizzata** con la messa a disposizione di asset alternativi se possibili in base all'asset alla funzione e alle esigenze del Concedente. Fornire al concessionario l'opportunità di riparare o ripristinare al fine di evitare la decurtazione è coerente e non influenza il trattamento statistico
- sono possibili anche **soglie di tolleranza del disservizio** se non minano il principio di proporzionalità o vanificano la decurtazione
- **standard contrattuali di qualità** atti a definire e misurare come minimo le condizioni in cui l'asset è oggettivamente utilizzabili (nozione di disponibilità calibrata in base alle caratteristiche e funzioni dell'opera) o il servizio adeguatamente erogato

II.d I principi per la redazione delle clausole in fase di gestione – Precisazioni Eurostat

- **sistemi di monitoraggio e rendicontazione** (relazioni periodiche, alimentazione continuativa di una banca dati accessibile in tempo reale) **della disponibilità dell'asset e della prestazione dei servizi** tale poter intervenire tempestivamente a correggere risolvere e sanzionare gli inadempimenti.

II.e Un esempio: l'articolo 29 del Contratto Standard MEF / ANAC

ART. 29 - CORRISPETTIVO

1. Il Concedente riconosce al Concessionario un Corrispettivo pari complessivamente a euro [•], al netto dell'IVA, a fronte:

a) dell'effettiva Disponibilità dell'Opera, conseguente al raggiungimento del Livello Obiettivo per ciascuna prestazione di cui al Documento denominato "Capitolato di Gestione";

b) dell'effettiva erogazione dei Servizi Accessori, conseguente al raggiungimento del Livello Obiettivo per ciascuna prestazione di cui al Documento denominato "Capitolato di Gestione".

2. Il Corrispettivo è adeguato annualmente entro il limite del [%] della variazione annua dell'indice ISTAT dei prezzi al consumo delle famiglie di operai e impiegati senza tabacchi.

II.e Un esempio: l'articolo 29 del Contratto Standard MEF / ANAC

3. Nel caso in cui il livello della prestazione resa sia inferiore al Livello Obiettivo ma superiore al Livello Minimo del corrispondente Indicatore di Disponibilità, il Corrispettivo è automaticamente decurtato di tanti punti percentuali quanti sono quelli attribuiti al valore della prestazione non resa secondo quanto indicato nel Documento denominato “Meccanismo di rettifica del Corrispettivo”. Qualora tali decurtazioni, cumulativamente considerate nel periodo di [mesi/al massimo un anno], siano di ammontare pari o superiore al [• %] del Corrispettivo dovuto per l'anno medesimo, le stesse decurtazioni sono maggiorate di un'ulteriore percentuale pari al [• %] del Corrispettivo dovuto per l'anno stesso.

4. Il mancato raggiungimento per ciascun Indicatore di Disponibilità del Livello Obiettivo costituisce inadempimento del Concessionario e comporta, indipendentemente dalla prova del danno, la decurtazione del Corrispettivo come indicato nel Documento denominato “Meccanismo di rettifica del Corrispettivo”.

II.e Un esempio: l'articolo 29 del Contratto Standard MEF / ANAC

5. Il Livello Minimo e/o Obiettivo per ciascun Indicatore di Disponibilità e la misura della decurtazione del Corrispettivo in caso di inadempimento sono stabiliti nel Documento denominato “Meccanismo di rettifica del Corrispettivo”.
6. Qualora a seguito dell'inadempimento del Concessionario si renda necessario, previa comunicazione del Concedente, l'intervento sostitutivo di quest'ultimo, l'entità della decurtazione del Corrispettivo è maggiorata secondo quanto stabilito nel Documento denominato “Meccanismo di rettifica del Corrispettivo”.
7. Il Concedente decurta gli importi del Corrispettivo alla scadenza di pagamento immediatamente successiva all'accertato inadempimento. Qualora la decurtazione ecceda l'ammontare del Corrispettivo [di Disponibilità e/o per i Servizi Accessori alla Disponibilità], il Concedente recupera la parte residua a valere sul successivo Corrispettivo. Qualora le predette compensazioni non risultino possibili in tutto o in parte, il Concedente si rivale sulla garanzia fideiussoria di cui all'articolo 33.

II.e Un esempio: l'articolo 29 del Contratto Standard MEF / ANAC

8. Il Concedente può sempre risolvere il Contratto ai sensi dell'articolo 37 in caso di mancato raggiungimento del Livello Obiettivo. In particolare, il Concedente può risolvere il Contratto qualora il mancato raggiungimento del predetto livello nell'erogazione dei Servizi di Disponibilità e/o Accessori alla Disponibilità determini una decurtazione di ammontare superiore complessivamente al [%] del Corrispettivo annuale, al netto di IVA. [Qualora il Concessionario sia responsabile della Gestione sia dei Servizi di Disponibilità sia dei Servizi Accessori di Disponibilità]

II.f Il monitoraggio del contratto

L'obbligo in capo al Concedente di svolgere un'attività di controllo sull'operato del Concessionario ai fini della verifica in particolare del permanere in capo allo stesso dei rischi trasferiti mediante la predisposizione di sistemi di monitoraggio è previsto da:

- Art. 181, comma 4, del Codice dei contratti pubblici
- Linee Guida n. 9 dell'ANAC
- Art. 45 del Contratto standard approvato dal MEF e dall'ANAC

A fronte del dovere del Concedente, tuttavia, sussistono specifici obblighi del Concessionario di mettere a disposizione tutti i dati e le informazioni necessarie al monitoraggio dell'esecuzione delle obbligazioni contrattuali e del riparto dei rischi secondo quanto stabilito nel contratto e sintetizzato nella matrice dei rischi. Il mancato adempimento di queste obbligazioni costituisce per il Concessionario grave inadempimento che può essere causa di risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1454 del cc.

II.f Il monitoraggio del contratto

45. MONITORAGGIO

1. Al fine di consentire al Concedente il monitoraggio inerente al rispetto degli obblighi contrattuali e alla ripartizione dei rischi secondo quanto previsto dal presente Contratto e rappresentato nell'allegata matrice dei rischi, il Concessionario è tenuto ad adempiere alle obbligazioni di cui all'articolo 11, comma 3, lettere n) e p), e comma 5.

11.3. Il Concessionario si obbliga, tra l'altro, a:

n) collaborare con il Concedente affinché questo eserciti i poteri di ispezione, accesso e acquisizione di documentazione e notizie utili alla verifica del rispetto da parte del Concessionario degli obblighi su di esso gravanti ai sensi di legge e del Contratto, anche fornendo al Concedente, per i medesimi fini, tutti i mezzi, i dati e le informazioni dallo stesso richieste;

p) effettuare in modo continuativo il monitoraggio sull'andamento degli Indicatori di Equilibrio e a comunicarne gli esiti con cadenza [semestrale] al Concedente.

II.f Il monitoraggio del contratto

11. 5. Il Concessionario si impegna altresì a:

- a) organizzare una banca dati contenente ogni dato, documento, informazione e notizia concernente l'adempimento delle prestazioni contrattuali, alimentata dal Concessionario e accessibile dal Concedente in tempo reale;
- b) fornire tempestivamente al Concedente ogni documentazione, informazione e notizia, anche su supporto elettronico, richiesta dal Concedente medesimo e/o comunque utile alla verifica del rispetto da parte del Concessionario degli obblighi posti dal Contratto e pubblicare tali documenti sul proprio sito web (...)

II.f Il monitoraggio del contratto

11. 5. Il Concessionario si impegna altresì a:

- a) organizzare una banca dati contenente ogni dato, documento, informazione e notizia concernente l'adempimento delle prestazioni contrattuali, alimentata dal Concessionario e accessibile dal Concedente in tempo reale;
- b) fornire tempestivamente al Concedente ogni documentazione, informazione e notizia, anche su supporto elettronico, richiesta dal Concedente medesimo e/o comunque utile alla verifica del rispetto da parte del Concessionario degli obblighi posti dal Contratto e pubblicare tali documenti sul proprio sito web (...)

Formazione IFEL
per i Comuni



Grazie per l'attenzione

Avv. Valentina Milani

333.8720871

valentina.milani@fieldfisher.com



Twitter



Facebook



YouTube

