

Gennaio 2014

## Il contratto di disponibilità

Avv. Alberto Fantini e Dott.ssa Federica Nalli, Studio Legale Tonucci & Partners

### Breve premessa: Il decreto “Cresci Italia”

Al fine di incentivare la crescita in Italia, il governo, attraverso il decreto n. 1/2012, convertito nella l. 24.3.2012 n. 27 (c.d. “Cresci Italia”), è intervenuto sulle fattispecie contrattuali di matrice comunitaria concernenti il *Public-Private-Partnership* (PPP)<sup>1</sup>, integrando così le competenze del settore pubblico e privato e cercando di far fronte alle ridotte risorse finanziarie in mano alle amministrazioni pubbliche. In particolare, l’art. 44 di tale decreto (così come modificato dal d.l. 22 giugno 2012 n. 83, convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012 n. 134), ha aggiunto nel corpo del codice dei contratti pubblici il comma 15-*bis* all’art. 3 e introdotto il nuovo art. 160-*ter*, definendo così un nuovo strumento di partenariato pubblico-privato: **il contratto di disponibilità**. Questo recente istituto permette alle amministrazioni di avere la disponibilità di un’opera di proprietà privata, al fine di esercitare un pubblico servizio, dietro il pagamento di un corrispettivo. Difatti, l’aggiudicatario della gara di appalto mette a disposizione dell’amministrazione aggiudicatrice un’opera, di cui ne assicura la costante fruibilità nel rispetto dei parametri funzionali individuati nel contratto, garantendo, allo scopo, la relativa manutenzione e risoluzione dei vizi, anche sopravvenuti.

Questa particolare tipologia contrattuale, peraltro, corrisponde al modello internazionale **DBFO** (Design – Build – Finance – Operate), e permette alle amministrazioni di ovviare agli ingenti costi di gestione e realizzazione di un’opera, garantendo altresì al privato la piena esplicazione delle proprie capacità progettuali.

### 1. Disciplina generale del contratto

#### 1.1. Bando di gara, capitolato prestazionale, progettazione e collaudo

Il bando viene pubblicato con le modalità di cui agli artt. 66 e 122 del d. lgs. 163/2006, a seconda che il valore sia sopra o sotto soglia. A base di gara vi è un capitolato prestazionale predisposto dall’amministrazione aggiudicatrice che indica le

<sup>1</sup> Sul punto si veda, Libro Verde del 30.04.2004 della Commissione Europea, COM(2004)327; Comunicazione della Commissione Europea del 15 novembre 2005 “*Comunicazione interpretativa sul PPP*”; Comunicazione della Commissione Europea del 12 aprile 2008 “*Comunicazione sui partenariati pubblico-privati istituzionalizzati PPPP*”; Decisione Eurostat del 11 febbraio 2004 n. 18/2004.

caratteristiche tecniche e funzionali dell'opera da realizzare e le modalità per operare la riduzione del canone unitamente all'indicazione della soglia minima di risoluzione contrattuale. Secondo il disposto normativo, le offerte dei concorrenti, oltre ad essere corredate dalle garanzie provvisorie, dovranno contenere un progetto preliminare<sup>2</sup> rispondente alle caratteristiche delineate dal capitolato prestazionale<sup>3</sup>. Tutti i concorrenti dovranno rispettare i regimi generali di partecipazione<sup>4</sup> ed avvalersi di professionisti in possesso di requisiti di qualificazione (indicati nel bando) qualora questi non siano dimostrati nella struttura tecnica<sup>5</sup>. Al momento dell'aggiudicazione della gara, secondo il regime dell'offerta economicamente più vantaggiosa (seguendo, quindi, una procedura ristretta), l'aggiudicatario deve predisporre il progetto definitivo ed esecutivo compatibile con il capitolato prestazionale e con le norme e provvedimenti di pubbliche autorità. Peraltro, la natura privata del bene permette all'affidatario di apportare variazioni in corso d'opera senza bisogno di una preventiva autorizzazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, essendo sufficiente una semplice comunicazione. Con l'aggiudicazione, deve essere rilasciata anche la cauzione definitiva come previsto dall' art. 113 co. 5, unitamente ad una cauzione ulteriore "a garanzia delle penali", da prestarsi con la messa a disposizione del bene nella misura del 10% del costo annuo di esercizio. Si suppone che tale cauzione serva a ricoprire le problematiche relative ad inadempimenti di minor rilevanza o periodi di non piena fruibilità, in quanto gli inadempimenti ritenuti più gravi saranno risarcibili in base alla modalità di riduzione del canone, e per quelle inaccettabili, con la risoluzione del contratto.

Il collaudo è in capo alla stazione appaltante, la quale verifica la corrispondenza dell'opera realizzata con il capitolato prestazionale, le norme e le disposizioni cogenti; in questa fase è possibile proporre variazioni o il rifacimento dei lavori da eseguirsi in compatibilità con le caratteristiche funzionali essenziali, e di conseguenza chiedere la riduzione del canone in caso di gravi incompatibilità/inadempimenti. Il collaudo è una fase essenziale per il controllo sull'operato del privato, in quanto l'amministrazione dettando soltanto le caratteristiche funzionali/prestazionali dell'opera, lascia difatti all'affidatario la completa gestione per la realizzazione e manutenzione della medesima. Avendo, quindi, l'affidatario un esteso potere decisorio ai fini della realizzazione dell'opera, il comma 5 dell'art. 160-ter stabilisce che l'amministrazione possa attribuire a quest'ultimo la potestà espropriante facendo eccezione delle aree demaniali o da

---

<sup>2</sup> Il silenzio normativo relativo alla redazione del progetto preliminare lascerebbe supporre che il privato abbia piena libertà di elaborare un semplice studio di fattibilità rispetto ad un più elaborato piano economico-finanziario. Sarà, piuttosto, l'amministrazione aggiudicatrice a valutare se richiedere un elaborato più complesso e dettagliato, soprattutto a fronte di un contributo in corso d'opera (cfr. E. ROBALDO, *Il contratto di disponibilità*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 5, 2012, 1-2.

<sup>3</sup> La garanzia provvisoria, di cui all'art. 75 del d.lgs. 163/2006, copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo.

<sup>4</sup> I requisiti partecipativi, ex Art. 38 del Codice dei Contratti Pubblici, comprendono il possesso dei requisiti morali, dell'idonea qualificazione SOA, nonché dei requisiti stabiliti per le attività di progettazione e direzione ai lavori.

<sup>5</sup> AVCP, Determinazione n. 4, 22.05.2013 "*Linee guida leasing finanziario e contratto di disponibilità*".

realizzarsi sul demanio pubblico. Difatti, nonostante il fatto che l'opera sia destinata ad un pubblico servizio, la proprietà rimane al privato, e perciò risulterebbe incompatibile con la destinazione dell'area stessa (la occuperebbe, difatti, senza titolo).

## **1.2. L'oggetto del contratto di disponibilità: la destinazione d'uso dell'opera**

Sorge qualche dubbio interpretativo in corrispondenza della previsione che definisce l'oggetto del contratto di disponibilità. In particolare, la norma parlando *expressis verbis* di un'opera destinata ad un pubblico servizio, non chiarisce se essa vada intesa nel senso ristretto del termine, con la conseguenza potenziale di impedire la possibilità di ricorrere all'utilizzo di questa tipologia contrattuale per la realizzazione di un'opera non destinata all'erogazione di un pubblico servizio. Il dubbio sorge perché la nozione di servizio pubblico comunemente accolta da dottrina e giurisprudenza fa riferimento ad attività destinate a rendere un'utilità immediatamente percepibile al singolo od alla collettività, ricevendo un vantaggio diretto e non mediato da altro servizio, escludendo perciò che il servizio pubblico ricorra a fronte di prestazioni strumentali a far sì che un'amministrazione possa, direttamente o indirettamente, erogare una determinata attività<sup>6</sup>. Tuttavia, un'interpretazione così restrittiva dell'oggetto del contratto non appare condivisibile se si considera che il concetto utilizzato nella relazione illustrativa allegata al decreto "Cresci Italia", chiarisce che il contratto di disponibilità potrebbe essere utilizzato per la realizzazione di edifici ad uso ufficio da destinare, per un periodo di tempo predefinito, all'utilizzo pubblico. In aggiunta, il legislatore nel Capo II del codice dei contratti pubblici, dedicato alle concessioni, utilizza il concetto di "opera pubblica" inteso come "pubblica utilità", estendendo così la destinazione d'uso di queste particolari forme contrattuali anche all'attività della pubblica amministrazione.<sup>7</sup>

## **2. Struttura del rischio e corresponsione del canone**

### **2.1. Opera di proprietà privata**

Una peculiare differenza del contratto di disponibilità rispetto alle altre tipologie di PPP<sup>8</sup>, sta proprio nel fatto che l'opera non è pubblica ma di proprietà privata, perciò la corresponsione del canone non è finalizzato alla acquisizione dell'immobile nel proprio patrimonio -così come ad esempio avviene nella locazione finanziaria- bensì a ricoprire

<sup>6</sup> cfr., Consiglio di Stato, Sez. V, 1 aprile 2011, n. 2012; tra le tante, Corte di giustizia CE, Sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/08, Acoset; Cass. Civ., Sez. un., 15 giugno 2009 n. 13892; Cons. St., Sez. V. 5 dicembre 2008, n. 6049.

<sup>7</sup> E. ROBALDO, *Op. cit.*; L. PERFETTI, *Commento al codice dei contratti pubblici, Art. 160-ter*, Ipsosa, §14; S. FANTINI, *Il partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo al project financing ed al contratto di disponibilità*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 7, 2012; E. PELLICCIOTTI, *Opere pubbliche "a noleggio" e "senza rischi": il contratto di disponibilità*, in *Diritto 24*, [www.Diritto24.ilsole24ore.com](http://www.Diritto24.ilsole24ore.com).

<sup>8</sup> Sul punto, S. FANTINI, *op. cit.*; F. MASTRAGOSTINO, in *Id.*, a cura di, *La collaborazione pubblico-privata e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, XVII-XVIII; G. NAPOLITANO, "Il contratto di disponibilità: un nuovo modello contrattuale per rilanciare il partenariato pubblico-privato" in *Gazzetta Amministrativa*, 2, 2012, §1.

i costi di realizzazione e di gestione sia tecnica che funzionale. Difatti, il rischio di disponibilità risiede nella capacità dell'affidatario di erogare le prestazioni contenute nel contratto, sia per il volume che per gli standard di qualità; di conseguenza, trattandosi di un contratto a prestazioni corrispettive, al fine di un congruo trasferimento del rischio, è necessario che il pagamento del canone sia correlato all'effettivo grado di disponibilità del privato. Questa è la ragione per cui, i canoni non hanno una somma predefinita, ma dovranno sempre essere parametrati in relazione all'alea del singolo contratto. Per di più, il canone è soggetto a rivalutazione monetaria, applicabile solamente a quei fattori monetari influenzabili dalla dinamica dell'inflazione. È necessario, quindi, che alla base del contratto venga prospettata una approfondita e puntuale analisi dei rischi connessi con la gestione dell'opera.

Nello specifico, l'affidatario dovrà sopperire ai costi di realizzazione, occupandosi dell'intera progettazione e costruzione del bene, nonché rispondere del ritardo o del mancato rilascio di autorizzazioni, nulla osta o ogni altro atto di natura amministrativa. Per quanto concerne i danni derivanti da cause di forza maggiore, sarà il capitolato prestazionale nella singola fattispecie a stabilire l'imputabilità del costo.

## **2.2. Fruibilità dell'opera, manutenzione, riduzione del canone**

Oltre alla realizzazione, l'affidatario dovrà garantire la costante fruibilità dell'opera esplicando tutte quelle attività di manutenzione e di risoluzione dei vizi (anche sopravvenuti), comprendendo con ciò anche l'amministrazione sia ordinaria che straordinaria. Ciò comporta che nei periodi di nulla o ridotta fruizione del bene da parte dell'amministrazione, il canone verrà proporzionalmente ridotto o annullato. Le modalità di riduzione del pagamento devono essere contenute nel capitolato prestazionale con riferimento ai singoli rischi connessi con la disponibilità dell'opera di modo da poter identificare la natura degli inadempimenti assoggettabili all'affidatario. Questo perché sussistono alcune criticità, facenti capo a soggetti terzi responsabili e di cui il danno risulta direttamente collegabile, che sfuggono alla responsabilità del soggetto privato non rappresentando una causa di abbattimento del canone. Tuttavia, come anticipato, si ritiene che la stazione appaltante potrà tutelarsi da eventuali inadempimenti di minor valore attraverso un idoneo sistema di penali, che vengono corrisposte nella misura del 10% del costo annuo operativo di esercizio da parte dell'affidatario<sup>9</sup>.

## **2.3. Risoluzione del contratto**

L'art. 163 al comma 6, delinea un'ipotesi di risoluzione del contratto nel caso in cui la riduzione del canone superi una determinata soglia stabilita dal capitolato prestazionale, al fine di tutelare sia i soggetti finanziatori che si vedrebbero pregiudicata la remunerazione del capitale investito, sia l'amministrazione che si troverebbe a erogare

---

<sup>9</sup> Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, Determinazione n. 4, 22.05.2013 "Linee guida leasing finanziario e contratto di disponibilità", p. 17.

un servizio pubblico senza disporre delle necessarie strutture adeguate al suo svolgimento. La risoluzione automatica del contratto opera in tutte le fasi della vita del medesimo, dalla fase del collaudo alla gestione tecnica, e deve avere come causa un grave inadempimento del capitolato prestazionale tale da non permettere un ulteriore riduzione del pagamento (come ad esempio, il mancato rispetto del capitolato prestazionale e delle norme e disposizioni cogenti emerse in fase di collaudo). Nell'indicare la soglia di risoluzione del contratto, la stazione appaltante dovrà prevedere all'interno del capitolato prestazionale, anche le relative modalità di funzionamento, soprattutto con riferimento ai contratti continuativi nel caso in cui non sia possibile (per motivi di carattere pubblico) interrompere in modo diretto il contratto. Per tale motivo l'offerente dovrà assicurare una adeguata prosecuzione del rapporto fino a che l'amministrazione non si trasferisca in una nuova struttura.

Questo sistema di riparazione conferisce all'amministrazione una certa flessibilità nella scelta delle fattispecie sanzionatorie, configurando diversi livelli di valutazione delle violazioni contrattuali al fine di equilibrare due esigenze contrapposte: la garanzia di un'efficiente gestione dell'opera ed una congrua risoluzione dei vizi rispetto alla fattispecie concreta.

#### **2.4. Trasferimento della proprietà dell'opera**

Oltre al canone, che deve essere sempre corrisposto, sono ammesse altre due forme di pagamento, per l'eventualità che l'opera al termine della messa a disposizione venga trasferita in proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice. Una prima ipotesi (art. 160-ter co.1, lett. b) riguarda la possibilità di riconoscere un anticipo del prezzo di vendita versato come contributo in fase di realizzazione dell'opera (non superiore al 50% del valore dell'opera stessa) e soltanto nel caso in cui la proprietà le venga trasferita. Invece, la lett. c) dello stesso comma, prevede che il contratto possa stabilire un prezzo di trasferimento, che tenga conto dei canoni già versati, dell'eventuale contributo in fase di realizzazione dell'opera e del valore di mercato dell'opera stessa. Nel caso in cui il contratto concerne il riscatto finale dell'opera, questo avrà natura mista essendo per l'appunto dotato di una componente atta alla messa a disposizione (corrispondendo quindi al canone di disponibilità), e di un'altra che riguarderà l'acquisto vero e proprio. In questo caso è necessario distinguere le due componenti nell'eventualità che sopraggiunga una riduzione del prezzo o peggio, la risoluzione. Di fatti, il verificarsi di una delle due situazioni non preclude il riscatto finale dell'opera, ma colpirà solamente il contratto di disponibilità ed il relativo canone. Secondo le linee guida dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici<sup>10</sup>, nel caso in cui intervenga da parte dell'Amministrazione un contributo in corso d'opera piuttosto consistente, l'acquisto dell'opera non si configurerebbe più come una mera opzione, bensì come un obbligo in capo all'Amministrazione aggiudicatrice.

---

<sup>10</sup> AVCP, Determinazione n. 4, 22.05.2013 "Linee guida leasing finanziario e contratto di disponibilità".

### **3. Conclusioni**

In conclusione, questo istituto sembra coincidere con le attuali esigenze delle pubbliche amministrazioni; inoltre, la natura privata dell'opera dovrebbe favorire la finanziabilità da parte delle banche, a patto che si possa iscrivere ipoteca sul bene a garanzia del finanziamento. Questo tentativo legislativo darà i suoi risultati soltanto attraverso le prime applicazioni concrete, ma senza alcun dubbio risponde ad un innegabile segnale di emergenza rappresentato dalla necessità di finanziare la spesa pubblica e di incentivare la crescita dell'edilizia privata.