

# Con il contratto di disponibilità il privato progetta, realizza e garantisce la manutenzione

Il Dl sulle liberalizzazioni ha introdotto un nuovo tipo di partenariato pubblico-privato in cui la messa a disposizione da parte del privato dell'immobile destinato a pubblico servizio è all inclusive. La Pa paga il canone, più un eventuale contributo pubblico.

DI MASSIMO RICCHI (\*)

**L'**articolo 44 del Dl 1/2012, pubblicato in Gu n. 19 del 24/1/2012, modifica il codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Dlgs 163/2006 (codice) e introduce un nuovo contratto a uso della Pa, il contratto di disponibilità, per far fronte alla necessità di disporre di asset immobiliari perfettamente funzionanti per lunghi periodi di tempo.

## Il modello contrattuale

Il contratto di disponibilità è collocato nell'articolo 160-ter del codice e segue l'articolo 160-bis relativo alla locazione finanziaria di opere pubbliche. Il Legislatore ha curato particolarmente l'inquadramento sistematico all'interno del codice, infatti la definizione del contratto è stata collocata nell'articolo 3, comma 15-bis, e il nome della rubrica in cui è posto è stata completata come segue: «della locazione finanziaria per i lavori e del contratto di disponibilità».

Infine, il contratto di disponibilità è stato nominato nell'articolo 3, comma 15-ter, tra i contratti di partenariato pubblico-privato

## Testo a pagina 16

(Ppp). La chiave di lettura del nuovo contratto di disponibilità sta proprio in quest'ultima collocazione. Tra i contratti di partenariato è quello con la forma più matura, quanto a definizione, funzione, prescrizioni sul metodo di affidamen-

**Sono escluse tutte le opere demaniali o che vanno realizzate sul demanio (stradale, cimiteriale, portuale, penitenziario ecc.)**

to, sulla distribuzione dei rischi, sulla disciplina delle garanzie e sulle forme di monitoraggio. Mentre i tradizionali contratti di partenariato per la realizzazione delle opere pubbliche, *i.e.* contratti di conces-

sione, di locazione finanziaria e affidamento a contraente generale hanno dovuto «subire» un processo di adattamento al modello europeo dei contratti di Ppp per quanto riguarda «l'allocatione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti», il contratto di disponibilità sembra sia stato scritto pensando proprio a quel modello, così come si è evoluto nella giurisprudenza della Corte europea di giustizia e ai contenuti delle decisioni Eurostat per porre il valore dell'investimento fuori dal bilancio pubblico.

L'affidatario del contratto non solo deve, a suo rischio, progettare, finanziare e realizzare l'opera destinata all'esercizio di un pubblico servizio, ma deve garantirne alla Pa committente la costante fruibilità, la perfetta manutenzione e la risoluzione degli eventuali vizi anche sopravvenuti, la c.d. gestione tecnica. In altre parole l'attività di messa a disposizione dell'opera deve essere all inclusive, senza eccezioni e per tutto il periodo in cui la Pa vuole beneficiare dell'immobile destinato a un pubblico servizio.



## LA GARA PREMIA L'INNOVAZIONE

**Il regime di qualificazione dei concorrenti segue le regole ordinarie per i lavori e i servizi, la Soa per i costruttori, i requisiti per i progettisti e quelli necessari per garantire esperienza in gestione immobiliare per coloro che dovranno condurre la manutenzione ordinaria e straordinaria dell'opera. Questa impostazione sulla qualificazione dei concorrenti segna un'importante cesura dal regime di qualificazione nelle operazioni di locazione finanziaria, dove la necessaria presenza del soggetto finanziatore in Ati consentiva di selezionare il mercato dei costruttori efficienti a opera degli stessi enti finanziatori.**

**La pubblicazione del bando segue le ordinarie regole prescritte a seconda il valore sia sopra o sotto soglia e viene posto a base di gara un capitolato prestazionale e/o funzionale che l'offerta dei concorrenti deve garantire. Questa impostazione differenzia l'operazione di affidamento del contratto di disponibilità da quello di affidamento del contratto della locazione finanziaria in cui la Pa pone a base di gara la progettazione preliminare; invece la procedura aperta o ristretta, in questo caso, stimola l'innovazione progettuale producibile dagli operatori economici in concorrenza, condizionata solo dagli obiettivi funzionali che dovranno tendenzialmente essere soddisfatti. L'offerta dei concorrenti consiste, infatti, nella presentazione di una progettazione preliminare che soddisfi le caratteristiche tecniche e funzionali delineate nel capitolato prestazionale. Completa il meccanismo premiante l'innovazione progettuale, e non l'aspetto meramente economico, l'obbligo di valutare le offerte con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'articolo 83 del codice.**

**I concorrenti devono presentare anche una garanzia gestionale analoga a quella delineata nell'articolo 153, comma 13, del codice relativa alla finanzia di progetto; questa garanzia si aggiunge a quella principale e più efficace di decurtazione del canone di disponibilità. Si dovranno, pertanto, differenziare le due garanzie in modo tale da non renderle pletoriche, ad esempio far scattare quella "cartacea" tutte le volte di impossibilità di applicazione della principale, quando la riduzione del canone non può spingersi oltre a un certo livello o quando al termine del contratto il canone corrisposto dalla Pa sia insufficiente a coprire le eventuali penali irrogate per indisponibilità della struttura.**

ne di sviluppi immobiliari per collocarvi uffici pubblici, complessi direzionali, spazi espositivi, edilizia economica e popolare ecc. In questa prima lettura permane qualche dubbio applicativo sul corretto percorso da seguire per procedere a eventuali espropri delle aree, che poi dovrebbero essere cedute al privato in proprietà e sulle quali verrà costruita l'opera di pubblica utilità.

### Canone e controllo della Pa

La Pa per godere della disponibilità di queste strutture deve corrispondere all'affidatario un canone periodico, che sarà pieno qualora la possibilità di fruizione sia completa, invece sarà decurtato in caso di impossibilità di uso parziale o totale della struttura. La salda leva del canone di disponibilità in mano alla Pa è la migliore garanzia pubblica di poter disporre di un bene immobile in perfetta efficienza per tempi così prolungati. Appare incerta l'utilità per i finanziatori, dichiarata nell'articolo, dell'individuazione di un livello di riduzione del canone oltre il quale il contratto è da intendersi risolto; in genere gli automatismi sono dannosi in queste operazioni, piuttosto dovranno articolarsi forme di step in right intermedie che consentano ai finanziatori di correggere quelli che potrebbero essere degli inadempimenti temporanei anche se hanno portato il canone sotto una soglia critica.

La corresponsione da parte della Pa di un prezzo o contributo pubblico a stato avanzamento lavori non snatura il contratto, ma incontra il limite invalicabile del 50% del valore dell'opera per rispettare uno degli indici segnalati da Eurostat al fine di decontabilizzare l'investimento privato dal bilancio pubblico e potrà essere erogato solo quando la Pa intenda acquisire la proprietà al termine del contratto. A questo riguardo sono date strette indicazioni per la determinazione del prezzo di riscatto

### Lo sviluppo immobiliare

La prima connotazione che differenzia il contratto di disponibilità dalla concessione e dalla locazione finanziaria è che l'opera realizzata dall'affidatario del contratto è privata; questa è una scelta decisiva che consente alla Pa di non trattenere alcun rischio legato alla realizzazione dell'opera e al suo mantenimento; inoltre, favorisce la finanziabilità dell'operazione per la possibilità degli istituti di credito di apporre un eventuale titolo ipotecario. L'opera realizzata è una valida garanzia perché è mone-

tizzabile, è apprezzabile finanziariamente ed è considerata per l'operatività degli istituti finanziari ai fini della valutazione del rischio di credito, regolamentata nelle sessioni di Basilea.

La titolarità privata dell'immobile si riflette nella tipologia delle opere a cui il contratto si adatta, escludendosi perciò tutte le opere demaniali o da realizzarsi sul demanio (stradale, cimiteriale, portuale, penitenziario, ecc.) notoriamente incompatibili con regimi privatistici, in particolare l'uso appropriato dovrebbe riguardare la realizzazio-

dell'immobile da parte della Pa: si dovrà parametrarlo al valore commerciale residuo dell'opera tenendo conto dei canoni corrisposti e dell'eventuale contributo pubblico erogato in corso d'opera.

### Più rischi per il privato

Un'altra peculiarità del contratto di disponibilità è l'assegnazione all'affidatario di rischi che tradizionalmente nell'appalto, nella concessione e nella locazione finanziaria di opere pubbliche sono a carico della Pa: il riferimento riguarda l'approvazione del progetto definitivo, di quello esecutivo e delle eventuali varianti in corso d'opera con la conseguente responsabilità progettuale piena del privato, senza condivisione della Pa attraverso l'attività di verifica e di validazione. Ancor più significativa di questa tendenza a condensare nuovi rischi in capo al privato è la sua responsabilità per la mancata o ritardata approvazione della progettazione e delle varianti da parte di terze autorità competenti. Ciò significa che l'integrale iter approvativo della progettazione è nella sfera di controllo del privato che dovrà curarne la tempistica, sollecitando tutte quelle autorità pubbliche che sono tenute a rilasciare pareri, nulla osta, autorizzazioni, ecc. La spiegazione dell'assunzione di questi rischi in capo al privato, ancora una volta risiede nel fatto che l'opera e la progettazione sono di proprietà dell'affidatario, solo a lui potrà essere riferita nel prosieguo la responsabilità di totale o parziale indisponibilità, eliminando ogni possibile concorso di colpa del committente pubblico.

### Gli incentivi

La responsabilità della gestione tecnica influisce anche sulle caratteristiche di manutenibilità dell'opera; infatti l'affidatario è incentivato a redigere la progettazione avendo riguardo al costo relativo al ciclo di vita del progetto, perché lui stesso dovrà sostenere le spese

per rendere l'opera disponibile e funzionante h/24 per l'intero periodo contrattuale; ciò si riflette immediatamente nell'innalzamento della qualità progettuale.

Il comma 6 dell'articolo 160-ter mette in opera quello che gli economisti chiamano l'allineamento degli interessi, prevedendo il collaudo funzionale in carico alla Pa a cui è condizionato l'inizio del pagamento del canone di disponibilità all'affidatario del contratto. Lo stimolo a far bene l'opera secondo i dettati prestazionali è agganciato proprio alla prospettiva di rientrare del proprio investimento solo quando l'opera destinata all'esercizio di un pubblico servizio sia stata realizzata (e funzionante) a regola d'arte. In questo caso la

in analogia con quanto è possibile, invece, con il contratto di locazione finanziaria. ■

*(\*) Unità tecnica finanza di progetto-Cipe-Pcm (le opinioni e i commenti non sono riferibili all'ente di appartenenza dell'autore)*

© RIPRODUZIONE RISERVATA

---

**A differenza della  
locazione finanziaria  
la responsabilità  
progettuale  
ricade interamente  
sul privato**

---

Pa è stata dotata di un ampio potere di intervento per imporre modifiche, varianti o rifacimenti qualora non siano state rispettate le prescrizioni funzionali e tecniche del capitolato prestazionale o norme vincolanti.

### Le opere strategiche

Chiude l'articolo la possibilità di utilizzare il contratto di disponibilità anche con riguardo ai lavori relativi alle infrastrutture strategiche e agli insediamenti produttivi, invece è interdetto l'utilizzo del procedimento a iniziativa privata in assenza di programmazione della Pa, delineato nell'articolo 153, comma 19, del codice, per aggiudicare il contratto di disponibilità perché manca l'estensione normativa