

con eventuali modifiche dettate dalla sperimentazione, dal 2014, che prevedono, in materia di *leasing*, la contabilizzazione del *leasing* finanziario immobiliare *on balance* in applicazione dello IAS 17 e dell'IPSAS 13.

Anche il verificarsi di una sola delle condizioni elencate è in grado di espellere il contratto di *leasing* dai principi Eurostat e di farlo impattare sul bilancio pubblico.

Se è vero, come è vero (gli stessi magistrati contabili lo confermano), che il riscatto finale è praticamente "dovuto" da parte dell'amministrazione (a meno di rinunciare ad un bene che vale qualche milione di euro per non pagare un prezzo di riscatto irrisorio), già questa condizione è sufficiente ad equiparare (semplificando al massimo) il *leasing* ad un mutuo qualsiasi. Ma se è così, non si vede perché un'amministrazione dovrebbe "indebitarsi" (?) con un *leasing* e non con la più conveniente Cassa depositi e prestiti. E con questo il discorso sul *leasing* pare morto e sepolto.

E il sospetto che, prima o poi, anche il contratto di disponibilità ricada nel perimetro degli ostacoli accennati, è forte.

“ Se è vero che il riscatto finale è praticamente “dovuto” da parte dell'amministrazione, già questa condizione è sufficiente ad equiparare il *leasing* ad un mutuo qualsiasi, ma se è così, non si vede perché un'amministrazione dovrebbe “indebitarsi”, con un *leasing* e non con la più conveniente Cassa depositi e prestiti ”

obbligazione può essere surrogata da polizze assicurative (che semmai sono oggetto di contratti e garanzie collaterali ma non possono “garantire” la disponibilità del bene) o dalle garanzie ordinarie di cui all'articolo 1669 del codice civile.

In presenza del trasferimento di un solo rischio sui tre previsti dai principi Eurostat, ancora una volta si transita all'esterno del PPP.

Parte della dottrina ha voluto prefigurare un istituto ibrido, chiamato per comodità “leasing-project”, per poter trasferire il rischio di disponibilità al contraente privato mediante un contratto autonomo di manutenzione e gestione. Non si hanno notizie di un eventuale successo di una tale sperimentazione. Tuttavia non pare una strada praticabile: difficilmente un istituto finanziatore accetterà di rischiare parte del proprio canone di *leasing* per inadempimenti del manutentore.

Molte delle considerazioni di natura pessimistica in relazione al *leasing* si troveranno anche in relazione al contratto di disponibilità.

6. Le difficoltà operative nel contratto di *leasing*

Se non si vuole peccare di ipocrisia, nei contratti di *leasing* il trasferimento dei rischi è limitato al rischio di costruzione. Peraltro tale trasferimento è attenuato dalla prassi (consolidata e irrinunciabile per gli istituti finanziatori) di far stipulare il contratto d'appalto con il costruttore direttamente all'amministrazione, anche se su mandato con rappresentanza conferito dallo stesso istituto. Con tutte le difficoltà conseguenti in termini di gestione dei rapporti con l'impresa costruttrice, la contabilità dei lavori, la gestione del cantiere, le norme di sicurezza, il collaudo ecc.

Non vi è alcun trasferimento del rischio di disponibilità, primo perché il contraente privato non assume alcuna obbligazione a mantenere il manufatto in perfette condizioni e sempre integralmente disponibile; né tale

7. Le difficoltà operative nel contratto di disponibilità

Si è già detto che il contratto di disponibilità ha molte analogie con il PFI freddo e altre (anche se sotto profili diversi) con il *leasing*. Si può peraltro sostenere che della nuova norma non c'era alcuna necessità essendo la fattispecie compatibile con l'ordinamento giuridico già vigente. Rispetto al *leasing* il contratto di disponibilità ha un grande vantaggio (che condivide con il PFI): non c'è alcun rapporto tra l'amministrazione e l'istituto finanziatore.

7.1. L'Area

Trattandosi di bene del privato, dovrebbe essere del privato anche l'area. Si pone dunque il problema: se l'area è espropriata (articolo 160-ter, comma 3, ultimo

periodo) i relativi oneri sono finanziati nel canone di disponibilità (errore fondamentale, dal momento che il "canone" non è il rimborso di un debito); può un comune (per conto proprio o di altre amministrazioni diverse dagli enti locali) espropriare un'area e poi cederla ad un privato che realizza l'opera (privata anche se con destinazione pubblica)?

Può fare la stessa cosa con un'area già nella propria disponibilità, cedendola all'affidatario, che poi dovrà per forza di cose prevedere un canone più elevato dovendo anche ammortizzare il costo dell'area (e delle imposte legate al trasferimento)? O non si configura come un ricorso arbitrario all'indebitamento (potendo utilizzare l'introito per la cessione dell'area per finanziare altre spese)? A meno che renda disponibile l'importo introitato per l'area, a favore dell'aggiudicatario a titolo di contributo in corso d'opera, realizzando però un circolo vizioso, anche per i carichi fiscali, sia per il trasferimento ma soprattutto in quanto l'affidatario non può portare in detrazione le quote di ammortamento dell'area⁽¹⁶⁾.

A meno che sia sufficiente (secondo la prassi consolidata nel caso del *leasing*) la cessione del solo diritto di superficie ad un prezzo simbolico. Ma anche questa soluzione ha dei problemi: innanzitutto il diritto di superficie non garantisce l'eventuale commerciabilità del bene non acquistato a fine contratto, oppure comporta che sia già prevista contrattualmente la cessione del bene all'amministrazione utilizzatrice a fine contratto, ma in tal caso si rende l'impegno dell'ente incompatibile con i principi che caratterizzano la condizione di *off balance*.

Certamente il diritto di superficie dovrà essere concesso per un numero elevato di anni (anche 90), al fine di consentire una astratta (e virtuale) commerciabilità dell'immobile alla scadenza del contratto.

“ Se l'area è espropriata (articolo 160-ter, comma 3, ultimo periodo) i relativi oneri sono finanziati nel canone di disponibilità? ”

7.2. Il canone di disponibilità e il canone servizi e la bancabilità

Pur nel silenzio della norma, se è affidata anche la "gestione tecnica" (si veda al paragrafo 7.5) il canone di disponibilità dovrà essere accompagnato da un canone servizi di gestione tecnica (oppure adeguatamente suddiviso in modo che emerga la quota destinata ai servizi di gestione tecnica).

Sul punto si rilevano due aspetti contraddittori:

- 1) il canone è proporzionalmente ridotto o annullato (!) nei periodi di ridotta o nulla disponibilità della stessa per manutenzione, vizi o qualsiasi motivo non rientrante tra i rischi a carico dell'amministrazione (articolo 160-ter, comma 1, lettera a));
- 2) il contratto individua, anche a salvaguardia degli enti finanziatori, il limite di riduzione del canone di disponibilità superato il quale il contratto è risolto.

Delle due l'una: o il canone può essere annullato, o vi sono limiti

alla riduzione superati i quali non c'è annullamento del canone ma, forse, la risoluzione del contratto in danno dell'affidatario. Si deve presumere che l'annullamento del canone possa essere applicato solo per periodi limitati (di indisponibilità totale del bene), che a loro volta incontrano il limite non tanto della riduzione del canone, bensì del periodo temporale massimo nel quale il canone non viene corrisposto in seguito ad inadempimento dell'aggiudicatario.

Sembra però, ad una lettura più attenta, che la riduzione del canone di cui al comma 1, lettera a) e quella di cui al comma 6, periodi primo e secondo, dell'articolo 160-ter, siano due fattispecie diverse:

- la prima, relativa a cause di indisponibilità parziale o totale nel corso del contratto, con la conseguente riduzione o annullamento (resta fermo che una simile clausola impedirà la concessione del finanziamento all'aggiudicatario);

(16) Articolo 36, comma 7, decreto-legge n. 223 d.l. 2006, convertito dalla legge n. 248 del 2006.

- la seconda, relativa al mancato rispetto del capitolato prestazionale e delle norme e disposizioni cogenti, accertato in sede di collaudo (a cura dell'amministrazione), alternativa alla risoluzione del contratto qualora l'inadempimento possa essere rimediato con modificazioni, varianti o rifacimento di lavori eseguiti, sempre che siano assicurate le caratteristiche funzionali essenziali. Solo in quest'ultimo caso la norma impone che siano salvaguardati gli enti finanziatori.

Sorgono due questioni: se gli inadempimenti riguardano la gestione tecnica ma non compromettono la disponibilità, le riduzioni dovrebbero riguardare solo il canone servizi (o la parte di canone a copertura dei servizi);

ma se riguardano la disponibilità vera e propria, o inadempimenti alla gestione tecnica che pregiudicano la disponibilità, non si potrà che agire con detrazioni dal canone di disponibilità. È del tutto ovvio che nessun istituto finanziatore accetterà mai (e si ribadisce "mai") che il canone di disponibilità possa essere ridotto, per qualunque motivo, al di sotto della quota che, sulla

base di un piano economico-finanziario, sia in grado di rimborsare il debito *senior* e di pagare il servizio del debito *senior*. In altri termini la riduzione non potrà che colpire solo quella che sarà considerata la quota di rimborso dell'*equity* e della remunerazione dell'*equity* (in buona sostanza il rischio sarà integralmente accollato all'aggiudicatario imprenditore privato e nei limiti dell'impegno finanziario diretto di quest'ultimo).

Ragionando in termini di piano economico-finanziario, sia il DSCR che l'ADSCR⁽¹⁷⁾ non dovranno mai scendere sotto l'unità per ciascun periodo del contratto (ad eccezione, per il solo DSCR, del periodo di costruzione). Per ammettere una riduzione del canone che intacchi anche il rimborso del debito *senior* (o i soli interessi sullo stesso) bisognerebbe far ricorso a particolari contratti di assicurazione (a loro volta onerosi) che complirebbero ulteriormente il contratto e che non risulta siano disponibili su mercato.

“ A differenza dei contratti di locazione (intesa come affitto) sarà necessario che il contratto di disponibilità abbia un vincolo di durata a lungo termine

Infine il contratto non potrà che essere a lungo termine, in quanto il canone deve consentire di "ammortizzare" (termine improprio ma ai fini di comprensione) l'investimento di un bene che, come noto, per destinazione e tipologia, difficilmente può trovare utilizzatori diversi dall'amministrazione affidante.

Non paiono esservi dubbi che, a differenza dei contratti di locazione (intesa come affitto) sarà necessario che il contratto di disponibilità abbia un vincolo di durata a lungo termine; pur non essendo previsto un termine minimo, sembra naturale che nessun istituto bancario sarà disposto a finanziare un'opera in assenza di un contratto vincolante che sia in grado

di ripagare integralmente il debito *senior* e i relativi oneri finanziari prima della scadenza.

7.3. Le maggiorazioni "occulte" del canone

” A differenza delle rate di mutuo e dei canoni di *leasing*, il canone di disponibilità è "soggetto ad

adeguamento monetario" (articolo 160-ter, comma 1, alinea). Tale disposizione consente all'amministrazione di corrispondere canoni più contenuti nei primi anni, ma questo solo in teoria. Infatti il privato ha necessità di flussi di cassa corposi proprio all'inizio del periodo, dove fatica a rinunciare a parte dei canoni, per cui gli farebbero comodo canoni costanti; la conclusione sarà che l'importo dei canoni iniziali sarà comunque elevato e l'adeguamento periodico sarà a tutto svantaggio dell'amministrazione.

È inoltre abbastanza probabile che l'istituto finanziatore pretenda dall'aggiudicatario la previsione di un DSRA e un MRA⁽¹⁸⁾ per importi non inferiori ad una semestralità (anche se si hanno notizie di importi richiesti pari ad un'annualità). Si tratta di oneri invisibili per l'amministrazione ma, siccome non esistono pasti *gratis*, essi si riflettono sull'importo del canone.

(17) Debt Service Cover Ratio e Average Debt Service Cover Ratio.

(18) Debt Service Reserve Account e Maintenance Reserve Account.

7.4. Il contributo in corso d'opera e/o il pagamento del valore finale (terminal value)

Il pagamento di un contributo in corso d'opera (sostanzialmente per stati di avanzamento) e/o del valore finale (che per come è strutturata la norma è praticamente simile al "prezzo di riscatto" del *leasing*), pur essendo ammessi dal comma 1, lettere *b)* e *c)*, hanno come presupposto la condizione (da prevedere nel contratto) del trasferimento della proprietà dell'opera all'amministrazione. Si è già detto come tale condizione renda problematica la contabilizzazione del canone tra le spese correnti e soprattutto il mantenimento del contributo fuori dal debito pubblico (appunto *off balance*). La norma non potrà che scontrarsi con l'orientamento ormai pressoché univoco (e purtroppo condivisibile) della Corte dei conti, per il quale si rinvia al capitolo del *leasing in costruendo*. Nulla osta che a titolo di contributo in corso d'opera (in realtà in questo caso a collaudo) sia trasferito all'utilizzatore un bene immobile dismesso o altro diritto reale, secondo quanto previsto (in verità in modo abbastanza incongruo) dall'articolo 53, comma 6, del codice dei contratti o secondo prassi ormai note e consolidate.

Il contributo in corso d'opera incontra il limite del 50% del costo di costruzione (non dell'importo dell'investimento).

Tale limite non è previsto per il prezzo di trasferimento parametrato (in relazione ai canoni già versati e all'eventuale contributo in corso d'opera) al valore di mercato residuo dell'opera. Potrebbe essere interessante prevedere un prezzo di trasferimento finale elevato in modo da ridurre i canoni periodici.

7.5. La gestione tecnica

È probabile che la gestione tecnica, oltre alla mera disponibilità del bene, riguardi solo le manutenzioni (con

canone forfetizzato); infatti l'affidamento di altri servizi soft in genere comporta problematiche endogene rispetto al contratto principale; ad esempio:

- il servizio di pulizia nelle strutture scolastiche è assicurato dallo Stato;
- il servizio energia in genere è affidato per tutti gli immobili dell'amministrazione, mentre l'affidamento al titolare del bene comporterebbe diseconomie;
- servizi di mensa, di lavanderia, di telecomunicazione o trasmissione dati difficilmente hanno una connessione con la "disponibilità" del bene; se il loro affidamento ha un senso nel PFI (in quanto contribuiscono,

seppur limitatamente, a generare il flusso di cassa operativo), difficilmente sembrano compatibili con il contratto di disponibilità. Sul rapporto tra la gestione tecnica e il canone di disponibilità si è già detto al paragrafo 7.2. Sarà opportuno, onde evitare contenziosi, che gli importi per le manutenzioni siano forfetizzati (ad esempio a mq per mese), e che comprendano manutenzioni ordinarie e straordinarie, con un capitolato gestionale particolarmente preciso e completo.

“ Il contributo in corso d'opera incontra il limite del 50% del costo di costruzione (non dell'importo dell'investimento) che non è previsto per il prezzo di trasferimento parametrato al valore di mercato residuo dell'opera; potrebbe essere interessante prevedere un prezzo di trasferimento finale elevato in modo da ridurre i canoni periodici ”

7.6. Il "vantaggio" dell'interlocutore unico, la possibilità di Rti e di avvalimento

Rispetto al *leasing*, vi è un interlocutore unico, nel senso che l'amministrazione sottoscrive un solo contratto di disponibilità (in sostanza un contratto di locazione eventualmente con patto di futura vendita). Come noto nel *leasing* invece vi sono almeno 3 contratti: un atto di mandato dalla società finanziaria all'amministrazione, un contratto di locazione finanziaria e un contratto d'appalto⁽¹⁹⁾.

In altri termini l'amministrazione non ha rapporti con la banca (che ha rapporti solo con l'imprenditore); questo può essere un vantaggio per l'ente, ma comporta

(19) Secondo la prassi instaurata con le linee-guida di Assilea, di concerto con ANCE e ANCI e relativa calata di brache di fronte agli istituti finanziari.

maggiori rischi per la banca; maggiori rischi ai quali corrisponde un maggior costo del servizio del debito e, di conseguenza, un maggior canone. Né è pensabile ridurre il rischio con delegazioni di pagamento vincolate (come per i rimborsi del mutuo) poiché si tratterebbe di una garanzia che snatura il contratto di disponibilità (anche se le banche le pretenderanno).

Appare scontato (anche in forza del rinvio generale di cui al comma 4 dell'articolo 160-ter, ma anche in questo caso pare un rinvio superfluo) che l'aggiudicatario potrebbe anche non essere un costruttore, bensì potrebbe essere un raggruppamento temporaneo (poi da cristallizzare in una società di progetto) tra un immobiliare e uno o più costruttori, così come non pare vietato il ricorso all'avvalimento dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi. Più difficile (ma non per un divieto normativo del codice dei contratti, bensì per ragioni pratiche e per ostacoli endogeni (20)) che del raggruppamento faccia parte anche l'istituto finanziatore. In caso di Rti si ritiene che il costruttore possa uscire dalla società affidataria dopo il collaudo se la parte rimanente della compagine è in grado di assicurare

la gestione tecnica (e il possesso dei relativi requisiti). Applicando per analogia la disciplina delle concessioni di costruzione e gestione e dei PFI, si ritiene possibile:

- a) la costituzione di una SPV (e per investimenti significativi è opportuno prevederne l'obbligo nel bando, al fine di isolare l'iniziativa da altri affari gestiti dall'aggiudicatario ed estranei al contratto di disponibilità di cui si tratta);
- b) l'aggiudicatario potrebbe anche non possedere i requisiti per la costruzione ma, in tal caso:
 - affidare i lavori ad una impresa collegata o control-

- appaltare i lavori a terzi in possesso dei requisiti per la costruzione.

7.7. Problematiche fiscali

7.7.1. L'Iva

Dando per scontato che si tratti di infrastrutture qualificate come opere di urbanizzazione (21) o altre opere elencate al punto 127-quinquies, tabella A, parte III, allegata al d.P.R. n. 633 del 1973 (ma ciò non è sempre vero) (22) come noto sono colpite dall'Iva agevolata all'aliquota del 10%.

La stessa Iva colpisce il contributo in conto capitale (contributo in corso d'opera); al contrario l'Iva sui canoni di disponibilità è quella ordinaria all'aliquota del 21% (sui canoni servizi l'aliquota ordinaria non è in discussione).

Mentre per l'imprenditore aggiudicatario la questione è ab-

bastanza ininfluenza, al massimo dovrà capitalizzare nel canone gli oneri finanziari dell'anticipazione Iva (aprendo una linea di credito del tipo VAT facility) come peraltro avrà fatto con gli oneri di preammortamento, è evidente che per l'ente pubblico una maggiorazione così sensibile dell'onere periodico rischia di rendere il contratto non conveniente sia rispetto ad un contratto d'appalto finanziato con mutuo tradizionale sia rispetto ad un contratto di leasing (per il quale il canone gode della stessa aliquota del bene, quindi, allo stato dell'arte, del 10% sempre che si tratti di opera di urbanizzazione).

“L'amministrazione non ha rapporti con la banca, questo può essere un vantaggio per l'ente, ma comporta maggiori rischi per la banca, ai quali corrisponde un maggior costo del servizio del debito e, di conseguenza, un maggior canone”

(20) Limiti posti agli istituti finanziatori da Bankitalia e dalla BCE all'assunzione dei rischi diversi dai rischi di credito e problemi di individuazione di responsabilità che difficilmente possono essere solidali tra i diversi operatori raggruppati.

(21) Come individuate dall'articolo 4 della legge n. 847 del 1964, essendo irrilevanti ai fini fiscali le definizioni di cui all'articolo 16 del t.u. edilizia.

(22) Si pensi alle "sedi municipali", ai "porti turistici", agli "impianti degli sport bianchi", alle "strade provinciali, autostrade o strade di grande comunicazione" ecc. che non rientrano tra le opere di urbanizzazione.

Si deve rammentare che l'articolo 16, comma 3 del citato d.P.R. n. 633 del 1972, dispone che "Per le prestazioni di servizi dipendenti da contratti d'opera, di appalto e simili che hanno per oggetto la produzione di beni e per quelle dipendenti da contratti di locazione finanziaria, di noleggio e simili, l'imposta si applica con la stessa aliquota che sarebbe applicabile in caso di cessione dei beni prodotti, dati con contratti di locazione finanziaria, noleggio e simili".

L'Agenzia delle entrate, con risoluzioni univoche in relazione a contratti di PFI, ha stabilito che la disposizione è di stretta interpretazione per cui nella definizione di "locazione finanziaria, noleggio e simili" non può essere fatto rientrare il canone di disponibilità corrisposto ai concessionari di opere "fredde". Se non verrà mutato l'orientamento dell'Agenzia non c'è ragione di dubitare che lo stesso principio sia applicabile anche al canone di disponibilità connesso alla tipologia contrattuale di "nuova" introduzione, sottraendo così risorse per l'operazione a favore della fiscalità generale.

Si potrebbe rimediare ponendo in capo il contratto non all'ente pubblico ma ad una società patrimoniale o ad una società di scopo che, in quanto operatore economico, potrebbe detrarre l'Iva corrisposta al privato; ma anche qui la strada appare difficilmente percorribile: in disparte i limiti legislativi alla costituzione di nuove società (e agli obblighi di dismissione), la questione sarebbe spostata sulla pratica impossibilità di detrazione dell'Iva passiva non essendoci un'attività commerciale che genera un'Iva in entrata (a meno di ricorrere alle richieste di rimborso). Si può pertanto concludere che per le opere di natura istituzionale:

- 1) se realizzate con contratti di disponibilità, o *leasing* o PFI, l'Iva:
 - è recuperata sull'opera da parte del costruttore (minor costo dell'opera per l'ente);
 - non è recuperata sui canoni (maggiorazione dei canoni, del 10 o del 21%);
 - è assolta dall'ente pubblico insieme al pagamento dei canoni (quindi è pagata in forma differita e scaglionata nel tempo);

- 2) se realizzate con appalto finanziato con mutuo, l'Iva:
 - non è recuperata sull'opera da parte dell'ente pubblico (maggior costo dell'opera);
 - non si applica alle rate di ammortamento (minor costo delle rate).

7.7.2. L'Ires e il ricorso allo scudo fiscale

L'articolo 1, comma 33, lettera i), della legge n. 244 del 2007, (legge finanziaria 2008), ha modificato le regole relative alla deducibilità degli interessi passivi per quanto riguarda i soggetti Ires; saranno deducibili solo gli interessi passivi, al netto degli interessi attivi, non eccedenti il 30% del MOL. La forte penalizzazione per le operazioni finanziate a debito (come i contratti di PPP) non riguarda le società consortili costituite per l'esecuzione unitaria, totale o parziale, dei lavori, ai sensi dell'articolo 96 del d.P.R. n. 554 del 1999 (ora articolo 93 del d.P.R. n. 207 del 2010) né le società di progetto di cui all'articolo 156 del decreto legislativo n. 163 del 2006. Il calcolo dell'onerosità finanziaria, nelle operazioni di PPP, è basato sul WACC secondo la formula

$$WACC = Kd * (1 - t) * D / (D + E) + Ke * E / (D + E)$$

dove:

- Kd = costo dell'indebitamento
- t = aliquota fiscale sulle imposte sui redditi (in genere: IRES + IRAP, per un totale del 31% circa)
- D = indebitamento (Debt)
- E = capitale proprio (Equity)
- Ke = costo del capitale proprio

Se non si considerano le imposte, il WACC diventa una semplice media ponderata dei rendimenti del debito e dell'*equity* e la formula sarebbe semplificata in:

$$WACC = (Kd * D + Ke * E) / (D + E)$$

e viene meno lo scudo fiscale.

“L'Agenzia delle entrate ha stabilito che la disposizione è di stretta interpretazione per cui nella definizione di "locazione finanziaria, noleggio e simili" non può essere fatto rientrare il canone di disponibilità corrisposto ai concessionari di opere "fredde"

Si tratta ora di capire se l'esenzione dai limiti di de-traibilità degli interessi passivi è applicabile anche alle società di progetto e alle società consortili titolari di contratto di disponibilità; l'interpretazione restrittiva della norma eccezionale porta a concludere (salvo ripensamenti) che così non sarà, con ulteriore aggravio dell'importo del canone.

7.7.3. L'Imu

Trattandosi di immobile di proprietà privata a tutti gli effetti, anche se utilizzato da una pubblica amministrazione per usi pubblici, il bene potrebbe essere soggetto all'Imu.

È necessario verificare se, nei singoli casi, l'immobile possa godere dell'esenzione ai sensi dell'articolo 7, comma 1, lettere b), c) e i) del decreto legislativo n. 507 del 1993.

Se l'immobile è soggetto a Imu e la proprietà deve corrisponderla, è di tutta evidenza che anche questo carico fiscale sarà integrato all'interno del canone di disponibilità. Se l'amministrazione utilizzatrice è un comune, potrà impiegare la quota di propria pertinenza a parziale pagamento del canone; se l'amministrazione utilizzatrice non è un comune (ma una provincia, una Asl, un'Azienda ospedaliera ecc.) la maggiorazione del canone costituirà un aggravio secco.

7.7.4. Il contributo di costruzione

Non è un carico fiscale ma è necessario prenderlo in considerazione.

Siamo ancora nell'ambito della realizzazione di un'opera a tutti gli effetti privata anche se destinata ad un uso pubblico, ma oggetto di un'attività economica a monte dell'uso pubblico (cioè la remunerazione del proprietario mediante un canone).

Anche qui è prematuro fare previsioni. Se l'opera potrà essere fatta rientrare nelle fattispecie di cui all'articolo 17, comma 1, lettera c), del d.P.R. n. 380 del 2001 ("impianti, le attrezzature, le opere pubbliche o di interesse generale

realizzate dagli enti istituzionalmente competenti nonché per le opere di urbanizzazione, eseguite anche da privati, in attuazione di strumenti urbanistici"), godrà della gratuità e non vi saranno problemi, diversamente il privato, titolare di un ordinario permesso di costruire, dovrà pagare al comune il contributo di costruzione.

Anche in quest'ultimo caso è di tutta evidenza che l'importo andrà a incrementare l'investimento e aumentare di conseguenza il canone di disponibilità. Se l'amministrazione utilizzatrice è un comune, potrà impiegare l'importo introitato a parziale pagamento del contributo in corso d'opera a favore dell'aggiudicatario; se l'amministrazione utilizzatrice non è un comune la maggiorazione del canone costituirà un altro aggravio secco.

7.8. La progettazione

A base di gara vi è un semplice capitolato prestazionale. Si ritiene, per ragioni facilmente comprensibili, che tale capitolato possa

essere integrato da uno studio di fattibilità. Ne deriva comunque l'intrinseca sommarietà della configurazione architettonica e ingegneristica posta a base di gara, che consente al concorrente un ampio margine di manovra nella progettazione preliminare da presentare in sede di offerta.

Fermo restando il rispetto delle norme tecniche inderogabili, è evidente che il capitolato prestazionale, integrato da adeguate linee-guida per la progettazione, è il documento fondamentale per indirizzare in qualche modo la progettazione e assicurare il risultato che si vuole ottenere. Nemmeno si potrà omettere, anche nel silenzio della norma, uno schema di contratto, diversamente sarà impossibile sia confrontare le diverse offerte sia redigere a valle, dopo l'aggiudicazione, un contratto senza ambiguità o contenuti fondamentali predeterminati.

7.8.1. L'approvazione della progettazione

Il comma 5 dell'articolo 160-ter lascia quantomeno perplessi, dove dispone che il progetto definitivo, il progetto esecutivo e le varianti in corso d'opera sono "ad ogni

“ Se l'immobile è soggetto a Imu e la proprietà deve corrisponderla, è di tutta evidenza che anche questo carico fiscale sarà integrato all'interno del canone di disponibilità ”

effetto" approvati dall'affidatario, previa comunicazione all'amministrazione aggiudicatrice e, ove prescritto, alle terze autorità competenti. Il rischio della mancata o ritardata approvazione da parte di terze autorità competenti della progettazione e delle eventuali varianti è a carico dell'affidatario. Sembra che l'amministrazione sia espulsa dalle fasi di approvazione (come in astratto potrebbe essere ragionevole trattandosi di opera di proprietà privata).

Ma la condizione "approvati ad ogni effetto" non può surrogare l'approvazione sotto il profilo edilizio-urbanistico da parte del comune (anche se in tale fase non potrà sindacare il merito progettuale) né le approvazioni a altre autorità esterne⁽²³⁾; la norma si limita a prevedere la preventiva "comunicazione" all'amministrazione aggiudicatrice (quindi non necessariamente al comune) e a "terze autorità competenti", per poi smentirsi quando afferma che la mancata o ritardata approvazione da parte di "terze autorità competenti" della progettazione e delle eventuali varianti è a carico dell'affidatario (*rectius*:

il rimedio o le conseguenze relative alla mancata o ritardata approvazione sono a carico dell'affidatario). Ma allora non è sufficiente la comunicazione!

Certo è che pare (si ripete "pare") che una volta che la Commissione giudicatrice *ex art.* 84 del Codice dei contratti, abbia scelto la soluzione progettuale e aggiudicato provvisoriamente, non vi sia molto spazio per l'amministrazione per sindacare il progetto preliminare.

7.8.2. L'aleatorietà della progettazione

Sempre il comma 5 dell'articolo 160-ter dopo aver detto che il progetto definitivo, il progetto esecutivo e le eventuali varianti in corso d'opera sono redatti a cura

“ Fermo restando il rispetto delle norme tecniche inderogabili, è evidente che il capitolato prestazionale, integrato da adeguate linee-guida per la progettazione, è il documento fondamentale per indirizzare in qualche modo la progettazione e assicurare il risultato che si vuole ottenere

dell'affidatario, ammette su iniziativa di questi, l'introduzione di eventuali varianti finalizzate ad una maggiore economicità di costruzione o gestione, nel rispetto del capitolato prestazionale e delle norme e provvedimenti di pubbliche autorità vigenti e sopravvenuti.

Così parzialmente derogando dalla disciplina degli articoli 168 e 169 del d.P.R. n. 207 del 2010, che nelle procedure dove i livelli progettuali esecutivi e/o definitivi sono a cura dell'aggiudicatario, pone limiti stringenti

alla possibilità di variazioni tra un livello progettuale e il successivo. Quindi il contenuto progettuale, già di per sé aleatorio, è ancora suscettibile di essere modificato addirittura dopo la stipula del contratto.

Questo è un altro motivo per porre la massima attenzione alla redazione del capitolato prestazionale.

7.8.3. La garanzia sulla performance energetica

”

La gestione tecnica si suppone non comprenderà le utenze che saranno gestite direttamente

dall'amministrazione e non dal privato proprietario. Questo significa che il privato realizzatore ha scarso interesse ad una struttura a basso consumo energetico anzi, per risparmiare sui costi di costruzione e di gestione tecnica potrebbe anche progettare e realizzare una struttura energivora.

Per ovviare a questo inconveniente non è sufficiente affidarsi alla competenza e alla sensibilità della Commissione giudicatrice, sia perché si tratta di aspetti difficilmente valutabili su un progetto preliminare, ma soprattutto perché le "promesse" presentate in sede di gara (e magari premiate con una buona valutazione) quasi sempre non possono essere verificate in corso d'opera o in corso di utilizzazione. Si ritiene pertanto necessario prevedere sin dall'indizione della gara, i va-

(23) ASL, Vigili del Fuoco ecc.

lori massimi dell'energia termica/frigorifera necessaria all'utilizzo dell'opera, incardinati sul rapporto temperature interne/temperature esterne, eventualmente articolato per locali diversi (un'aula scolastica ha necessità diverse dalla palestra, così come le camere dei degenti in ospedale hanno necessità diverse dalle sale operatorie). Tali valori massimi possono essere, alternativamente:

- a) ritenuti sufficienti e inderogabili;
- b) posti come limite massimo (*performance* minima possibile) a base di gara e oggetto di valutazione in base alla loro riduzione (*performance* migliore) offerta dal concorrente.

In ogni caso il contratto dovrà prevedere delle verifiche periodiche (eventualmente a campione) di mantenimento delle *performance* contrattualizzate alle condizioni standard predeterminate, con l'irrogazione di penali (oltre al risarcimento dei maggiori costi di utenza) in caso di mancato rispetto delle *performance*. Il tutto eventualmente garantito da apposita assicurazione, autonoma rispetto alla cauzione definitiva ex articolo 113 del Codice dei contratti, richiamato dall'articolo 160-ter, comma 3⁽²⁴⁾.

7.9. La gara e la valutazione dell'offerta

Non ci si dilunga sulla procedura di gara (aperta o ristretta) né sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, criterio che, nel bene o nel male, sembra aver trovato un sufficiente assestamento interpretativo e applicativo, almeno per quanto riguarda l'offerta

tecnica (nel caso di specie il progetto preliminare e, se oggetto di valutazione, le modalità della gestione tecnica a miglioramento di quanto previsto dal capitolato prestazionale).

Evitabile l'offerta di tempo; nel contratto di disponibilità, così come nel *leasing*, è interesse primario dell'aggiudicatario e del suo finanziatore, la celere conclusione dei lavori e il loro collaudo positivo; infatti l'anticipazione del collaudo comporta in primo luogo l'anticipazione dell'erogazione dei canoni e l'uscita anticipata dalla fase di costruzione che, come noto, nei contratti di P.P.P. è quella più sensibile e soggetta a pericoli di default dell'iniziativa.

Più interessante la parte economica dell'offerta.

Il costo di costruzione non dovrebbe essere oggetto di offerta; quanto "spende" effettivamente l'aggiudicatario non è di alcun interesse per l'amministrazione. Tanto che in sede di collaudo (sempre a cura dell'amministrazione) non è necessaria la verifica della contabilità come negli appalti ordinari e nel *leasing*.

L'unico elemento determinante e irrinunciabile dell'offerta economica è l'importo del canone periodico.

L'offerta può poi essere integrata (volendo affinare i criteri) dal livello di aggiornamento del canone proposto (anche se vi è scarso spazio dopo che il comma 1 dell'articolo 160-ter parla già di adeguamento monetario).

Può poi essere proposto il miglioramento delle *performance* energetiche, già visto in precedenza; pur non essendo un elemento economico è pur sempre un elemento quantitativo a valutazione vincolata.

(24) In deroga all'articolo 113, l'importo della cauzione definitiva è stabilito nel 10% del costo annuo operativo di esercizio e non dell'importo del contratto.