



Dott. Alessandro Ceci

Specializzato presso la Scuola di specializzazione per le professioni legali dell’Università di Roma Tor Vergata e abilitato all’esercizio della professione forense.

“Il contratto di disponibilità”

SOMMARIO: Premessa. – 1. Inquadramento del contratto di disponibilità nell’area del PPP e principi generali dell’ordinamento amministrativo. – 2. Il contratto di disponibilità: disciplina normativa e principali problematiche applicative.

Premessa

Le pressanti esigenze di riordino della finanza pubblica hanno spinto il legislatore ad operare una congerie di interventi normativi volti a modernizzare l’apparato amministrativo dello Stato.

Ciò si è tradotto nell’introduzione di nuove modalità di azione della p.a., sia sotto il versante autoritativo – in via meramente esemplificativa basti pensare ai moduli consensuali di esercizio della potestà (i.e. gli accordi *ex art. 11 l. n. 241/1990*), ovvero ai modelli di cd. autoamministrazione¹ (i.e. la s.c.i.a., atti e comportamenti non autoritativi *ex art. 19 l. n.241/1990*) – sia sotto il versante eminentemente contrattualistico, caratterizzato dalla posizione di tendenziale parità² tra la p.a. e i soggetti privati.

Non potendo in questa sede indugiare, *ratione materiae*, sui fenomeni che hanno investito il formante autoritativo dell’azione della p.a., occorre concentrare l’analisi sulle novità legislative che hanno riguardato la materia dei contratti pubblici.

¹ Con il termine autoamministrazione si indica il fenomeno in virtù del quale il regime amministrativo dell’attività privata viene assorbito dal riconoscimento normativo della situazione soggettiva, per cui l’interessato può compiere atti o dichiarazioni sotto la propria responsabilità, residuando in capo all’amministrazione il potere di verificare la conformità dell’attività svolta ai parametri fissati dalla norma di legge. Per approfondimenti sul tema si rinvia a Bellomo F., “Nuovo sistema del diritto amministrativo”, volume 2, Bari, Diritto e scienza, 2013, pp. 437 ss.; Casetta E., “Manuale di diritto amministrativo”, Giuffrè editore, Milano, 2010, pp. 522 ss.

² Cfr. Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 20 giugno 2014, n. 14 che, muovendo dall’assunto della tendenziale parità tra la pubblica amministrazione e il privato, ha stabilito che le pubbliche amministrazioni, nelle procedure ad evidenza pubblica, una volta stipulato il contratto di appalto non possono più utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca *ex art. 21 quinquies l. n. 241/1990*, ma devono esercitare il diritto potestativo di recesso *ex art. 134 del Codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 163/2006)*.

In via di prima approssimazione si riscontra la tendenza del legislatore a modellare ed inserire nel *corpus* del D.lgs. n. 163/2006 (d'ora in avanti Codice) un ventaglio di strumenti caratterizzati dalla flessibilità nell'utilizzo e orientati all'ottenimento del miglior risultato.

In un siffatto contesto si inserisce indubbiamente la figura del contratto di disponibilità, così come previsto dall'art. 44 del d.l. 24/01/2012, n. 1 (il cd. "cresci Italia") convertito con modificazioni nella l. n. 24/03/2012, n. 27 che ha aggiunto al tessuto codicistico l'art. 3 comma 15 *bis* 1 e l'art. 160 *ter*.

Il contratto in esame è finalizzato a potenziare le forme di collaborazione tra pubblico e privato, diverse dall'appalto e dalle concessioni, attraverso la messa a disposizione dell'amministrazione di un'opera di proprietà privata ove svolgere attività di servizio pubblico, a fronte del pagamento in favore del privato di un canone di disponibilità.

Si tratta, con buona evidenza, di una forma di partenariato pubblico privato o PPP (*public-private partnership*), mediante il quale le pp.aa. reperiscono presso i soggetti privati i fondi di cui necessitano per l'espletamento dei compiti di interesse generale loro attribuiti dalla legge.

La figura in esame si pone in linea di rottura con le altre fattispecie di partenariato già previste dall'ordinamento (concessione, locazione finanziaria etc.), poiché l'opera realizzata dal soggetto affidatario può permanere di proprietà dello stesso, senza transitare nel patrimonio pubblico. Ciò consente alla p.a. di non dovere assumere rischi inerenti alla sua costruzione o gestione tecnica, incoraggiando, allo stesso tempo, il finanziamento dell'operazione da parte di istituti di credito tramite la costituzione di ipoteche sul bene.

Prima di procedere nell'analisi approfondita della figura, appare necessario definire la cornice concettuale entro cui essa si iscrive, le nuove forme di collaborazione tra Stato, società e mercato, imposte, da un lato da esigenze di razionalizzazione della spesa, in un comparto come quello pubblico ormai congestionato e non più in grado di rispondere efficacemente alle crescenti istanze dello Stato pluriclasse, e dall'altro lato dalla necessità di implementare forme più efficaci ed efficienti di amministrazione.

1. “Inquadramento del contratto di disponibilità nell’area del PPP e principi generali dell’ordinamento amministrativo”

L’art. 3 comma 15 *ter* del codice definisce i contratti di partenariato pubblico-privato quelli aventi ad oggetto la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un’opera pubblica o di pubblica utilità, ovvero la fornitura di un servizio, a condizione che il finanziamento totale o parziale sia a carico dei privati e l’allocazione dei rischi rispetti le prescrizioni e gli indirizzi comunitari. Nel periodo successivo la disposizione elenca a titolo meramente esemplificativo le tipologie di contratti che rientrano in questa categoria: la concessione di lavori, la concessioni di servizi, la locazione finanziaria, la finanza di progetto, l’affidamento a contraente generale nonché, dopo l’entrata in vigore del d.l. n. 1/2012, il contratto di disponibilità.

Il fenomeno giuridico del partenariato trova la propria *ratio* nella necessità di assicurare alla collettività la fornitura di un’opera o di un servizio attraverso la cooperazione tra i pubblici poteri e il mondo delle imprese, consentendo alle pp.aa. il raggiungimento di due fondamentali obiettivi: reperire più agevolmente i capitali necessari e giovarsi del bagaglio tecnico-scientifico acquisito dalle imprese nei settori ove esse svolgono la loro attività economica, accrescendo conseguentemente il *know how* pubblico.

Il tutto con un potenziale risparmio in termini di spesa e un sensibile aumento del tasso di efficienza del servizio fornito, senza però sconfinare nel contiguo fenomeno della privatizzazione, poiché il soggetto pubblico non viene meno – come accade allorquando un settore è privatizzato³ - ma cambia il suo ruolo, transitando da operatore diretto a organizzatore, regolatore, controllore.

La locuzione partenariato pubblico-privato è di matrice comunitaria: la sua prima manifestazione la si rinviene nel Libro verde della Commissione europea del 30 aprile 2004 nel quale, pur non fornendosi una definizione giuridica del fenomeno, si indicano alcuni elementi essenziali delle formule ad esso riconducibili.

Tra questi è opportuno segnalare: *a)* la durata relativamente lunga della collaborazione, che implica una collaborazione tra il partner pubblico e quello privato in relazione a vari aspetti di un progetto da realizzare; *b)* le modalità di finanziamento del progetto garantito da parte del settore privato; *c)* il ruolo importante dell’operatore economico che partecipa alle varie fasi del progetto (progettazione, realizzazione, attuazione, finanziamento), spettando al partner pubblico l’incombenza di definire gli obiettivi da raggiungere in termini di interesse pubblico, di qualità dei servizi offerti, di politica dei

³ Perlomeno nei casi di privatizzazione sostanziale in cui effettivamente lo Stato si ritira dal mercato mediante la dismissione di società pubbliche ed enti pubblici economici. Al contrario, nella privatizzazione formale, *prius* storico-cronologico rispetto a quella sostanziale, lo Stato permane all’interno del mercato e si limita a modificare lo strumento giuridico di intervento, mercé la trasformazione degli enti pubblici in s.p.a. Al riguardo si rinvia alla disciplina legislativa fondamentale ex ll. nn. 35 e 359 del 1992.

prezzi e il relativo controllo a consuntivo; d) la ripartizione dei rischi tra partner pubblico e privato, sul quale sono trasferiti rischi di solito a carico del settore pubblico.

Inoltre, il documento in parola svolge un'opera di classificazione, distinguendo il partenariato di tipo contrattuale da quello istituzionalizzato, secondo le modalità di estrinsecazione della collaborazione: nel primo caso in virtù di un rapporto negoziale attraverso il quale le parti compongono il conflitto di interessi, cristallizzandolo nel negozio giuridico (ne è un esempio proprio il contratto di disponibilità); nel secondo, invece, in forza di una "entificazione" dell'interesse comune in seno ad una unità distinta, fenomeno che richiama l'annosa questione delle società miste e delle connesse problematiche relative alle modalità di scelta del socio privato e alle procedure di affidamento.

Prescindendo da approfondimenti specifici sulle peculiarità della cennata distinzione – la tematica richiederebbe per la sua complessità e per la stratificazione normativa e giurisprudenziale una trattazione separata, soprattutto in relazione al PPP istituzionalizzato – in questa sede è opportuno invece riflettere sulla cornice entro cui si iscrive il fenomeno del partenariato, giacché esso si sovrappone, in tutto o in parte, ad alcuni dei principi fondamentali dell'ordinamento amministrativo.

La dinamica collaborativa pubblico-privato, lungi dall'essere un fenomeno limitato, è assurta a fulcro sul quale ruota la costruzione dell'ordinamento amministrativo della modernità.

In tal senso, il privato cittadino nel suo rapporto con la p.a. non è più un mero "spettatore" dell'esercizio del potere, inerme di fronte all'esplicarsi della potestà, quanto piuttosto un soggetto attivo portatore di istanze individuali che devono andare a comporsi con l'interesse pubblico di cui è portatrice la p.a. per il raggiungimento dell'interesse generale.

Tracce di questo *trend* si rinvengono in molteplici settori del diritto amministrativo, sia sostanziale che processuale⁴, ma, come affermato in precedenza, è nella potenza gnoseologica dei principi informatori dell'ordinamento amministrativo che si deve indagare per comprenderne appieno la portata: il principio di sussidiarietà nella sua accezione orizzontale (art. 118 comma 4 Cost) e quello del buon andamento in senso economico (art. 97 Cost).

⁴ Sul versante sostanziale si sottolineano gli istituti di partecipazione disciplinati dalla legge sul procedimento amministrativo n. 241/1990 (capo III, artt. 7-13), i moduli consensuali di esercizio del potere (gli accordi ex art. 11 L. n. 241/1990). Sotto il profilo processuale si registra la tendenza alla trasformazione del processo da un giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto di diritto amministrativo, mediante la costruzione di un sistema di tutela dell'interesse legittimo volto alla soddisfazione completa della pretesa azionata, realizzando il monito chiovendiano per cui il processo deve dare a chi ivi aziona una pretesa tutto quello, e proprio quello, che egli ha il diritto di conseguire. Basti pensare alle recenti modifiche del cod. proc. amm. in tema di azioni, in particolare: la possibilità che il giudice conosca dell'illegittimità dell'atto ai soli fini risarcitori, indipendentemente dal suo annullamento (qualora la parte non ne abbia più interesse, art. 34 comma 3); il potere attribuito al giudice di conoscere della fondatezza dell'istanza nei giudizi avverso il silenzio (nelle attività vincolate, a ridotta discrezionalità o a discrezionalità esaurita, art. 31 comma 3).

In particolare, con riferimento al primo, occorre stabilire se, e in quale misura, il partenariato ne costituisca il suo naturale conseguente, quasi si trattasse di una sua “appendice operativa”.

A ben vedere, eccetto una sovrapposizione limitata al significato antropologico del principio, inteso quale meccanismo di valorizzazione della cittadinanza societaria⁵ e delle formazioni sociali “inferiori” rispetto allo Stato centrale, sul piano delle categorie giuridiche tra le due entità non sussiste un rapporto di causa-effetto: la locuzione partenariato pubblico-privato designa un “contenitore” all’interno del quale vengono raggruppati diversi meccanismi di collaborazione, contrattuali o istituzionalizzati, difformi dal portato giuridico-tecnico del principio.

Il *proprium* del partenariato risiede nella collaborazione: due soggetti, in specie uno pubblico e l’altro privato, gestiscono in collaborazione un’opera o forniscono un servizio con allocazione dei connessi rischi maggiormente a carico del privato.

Il principio di sussidiarietà orizzontale, invece, indica un criterio di distribuzione delle sfere di potere per il soddisfacimento degli interessi e bisogni degli individui sulla base di una linea ascendente (dal singolo individuo allo Stato, passando per le comunità intermedie): in altri termini i compiti dello Stato possono essere devoluti ai privati poiché ciò determina il raggiungimento del miglior risultato conseguibile e il progresso della personalità umana, sia essa singola o associata in ossequio al *dictum* dell’articolo 2 Cost.

Appare evidente, pertanto, nel principio di sussidiarietà orizzontale, il superamento del paradigma collaborativo tipico del partenariato attraverso l’attribuzione al privato di ampi margini di autonomia nel perseguimento dell’interesse generale, che rappresenta il *prius* logico della privatizzazione della funzione pubblica.

Non collaborazione, quindi, ma devoluzione, mentre il partenariato “*può ritenersi un modello di azione amministrativa fondato sul “fare insieme” di soggetti pubblici e privati, pur se con funzioni, interessi e ruoli differenti e variabili secondo il tipo di collaborazione*”⁶.

L’altro formante da analizzare è quello relativo al principio del buon andamento inteso secondo la logica economica, il quale contribuisce ad arricchire la base concettuale sulla quale si fonda il fenomeno del partenariato, costituendo una delle ragioni del suo sviluppo.

In generale la preponderanza del dato economico sull’attività dei pubblici poteri è un dato ormai acquisito nell’esperienza contemporanea; la necessità di rispettare i vincoli di bilancio imposti dai Trattati europei in un quadro economico unitario (da ultimo il cd. “*Fiscal compact*”), nonché il

⁵ Con tale sintagma deve intendendosi l’aspetto relazionale che è conferito ai soggetti comunitari (famiglie, associazioni) in virtù del loro porsi nel contesto sociale e di operarvi al di fuori di regole pre confezionate da autorità provviste di pubblici poteri. Gli interessi generali espressi da queste comunità costituiscono manifestazioni non comprimibili di cittadinanza, societaria appunto, che le autorità non solo non devono ostacolare, ma anzi devono favorire. Cfr. Donati P., “*La cittadinanza societaria*”, Laterza, Bari 1993.

⁶ Dugato, “*Il partenariato pubblico-privato: origine dell’istituto e sua evoluzione*”, in “*La collaborazione pubblico-privato e l’ordinamento amministrativo*”, a cura di Mastragostino, Torino, 2011, cit., p. 57.

progressivo inaridimento delle finanze pubbliche in un momento di grave crisi del sistema economico globale hanno imposto un graduale ma inesorabile ripensamento dell'azione amministrativa, calibrata non più solo su parametro della legalità ma anche su quello dell'efficienza e del risultato.

In altri termini, si assiste alla transizione da un'amministrazione di servizio a una di risultato.

Tale epocale trasformazione, ancora in corso d'opera, non è stata immediata: il disposto del comma 2 dell'art. 97 Cost, che fissa i principi basilari del diritto amministrativo, legalità e buon andamento, descrive i rapporti tra i due poli in maniera asimmetrica, riservando cioè al buon andamento un ruolo secondario rispetto alla legalità.

In questo quadro il buon andamento si traduce esclusivamente nell'imposizione alla p.a. di agire nel modo più adeguato e conveniente possibile, ossia secondo le modalità fissate dalla norma attributiva del potere, in un rapporto dialettico caratterizzato dal ruolo ancillare dell'efficienza rispetto alla legalità⁷. In definitiva, assume rilievo una concezione formale del principio in cui a prevalere è il dato giuridico su quello economico.

Le nuove direttive del diritto amministrativo della modernità hanno invece illuminato il formante economico del principio, valorizzandone l'eterogeneità rispetto al principio di legalità con evidenti conseguenze sull'intero sistema.

Per scorgere i segnali di questa tendenza è sufficiente scorrere le riforme legislative intercorse negli ultimi decenni che hanno interessato l'ordinamento amministrativo: dal settore dell'organizzazione, *in primis* la privatizzazione del pubblico impiego e l'implementazione del concetto di *performance* del dipendente pubblico (D. Lgs. n. 165/2001 formatosi per incorporazione dei decreti legislativi n. 29/1993 e successive modificazioni, n. 80/1998 e n. 150/2009), passando per l'introduzione della *class action* pubblica *ex art. 4 L. 4 marzo 2009, n. 15*, sino a giungere alla vera e propria formalizzazione costituzionale di questa nuova concezione intervenuta con la L. costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 che ha introdotto il principio del pareggio di bilancio, modificando gli articoli 81, 97, 117 e 119 Cost.

In particolare, assai significativo è il nuovo primo comma dell'art. 97 che ha scolpito il buon andamento in senso economico, imponendo alle pp.aa. di garantire, conformemente all'ordinamento dell'Unione europea, l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico, sull'implicito presupposto secondo cui il plesso amministrativo dello Stato contribuisce in maniera determinante e diretta allo sviluppo del sistema Paese.

Tuttavia v'è da precisare che il processo di cambiamento allo stato attuale ha spiegato i suoi effetti soprattutto sul versante dell'organizzazione amministrativa, mentre sotto il profilo dell'attività

⁷ Per un approfondimento si rinvia a Casetta E., "Manuale di diritto amministrativo", Milano, Giuffrè editore, 2010, pp. 50 ss.

funzionale esso è ancora *in fieri*, stante la poca permeabilità di alcuni fini pubblici rispetto ai valori economici ed efficientistici.

In prospettiva futura, però, pare ormai imboccata la via che condurrà alla normativizzazione dell'obbligo di risultato, per cui quest'ultimo, entrando nella fattispecie legale astratta, orienterà anche l'azione delle pp.aa., ciò determinando, inoltre, un ampliamento delle ipotesi di sindacato giurisdizionale di legittimità per violazione di legge. Le difformità che secondo la concezione formale del buon andamento erano mero vizio di merito, insindacabili se non con i noti limiti della categoria dell'eccesso di potere, nella nuova visione del principio assurgono a regole giuridiche la cui violazione potrà attivare la cognizione del giudice amministrativo *ex art. 21 octies* L. n. 241/1990. Restano estranei a tale dinamica i settori di attività attinenti a diritti fondamentali della persona, come ad esempio la tutela della salute umana, che si presentano scarsamente compatibili con la visione economicistica del risultato.

Appare evidente, allora, come il fenomeno del partenariato si cali perfettamente in questo *trend* evolutivo, spingendo le pp.aa. a ricorrere alla collaborazione per ottenere il miglior risultato conseguibile, sia in termini di efficienza del servizio prestato alla collettività, sia in termini economici.

A patto, però, che i vantaggi microeconomici ottenuti mediante il ricorso al PPP – realizzazione di un'opera o fornitura di un servizio al miglior rapporto qualità/prezzo, mantenendo al contempo gli obiettivi di pubblico interesse – rappresentino una plusvalenza reale rispetto alle altre opzioni, come la stipulazione di un contratto di appalto.

Valutazione, questa, che spetterà alla p.a., la quale sarà chiamata ad operare una scelta che, secondo la visione economica del buon andamento, potrebbe essere oggetto di sindacato giurisdizionale sotto il profilo della violazione di legge.

Analizzata la cornice gnoseologica del fenomeno è ora possibile passare all'analisi approfondita di una sua modalità applicativa di recente introduzione, il contratto di disponibilità.

2. “Il contratto di disponibilità: disciplina normativa e principali problematiche applicative”

Il contratto di disponibilità disciplinato dall'art. 160 *ter* è il contratto attraverso il quale “ (...) sono affidate, a rischio e a spesa dell'affidatario, la costruzione e la messa a disposizione a favore dell'amministrazione aggiudicatrice di un'opera di proprietà privata destinata all'esercizio di un pubblico servizio, a fronte di un corrispettivo. Si intende per messa a disposizione l'onere assunto a proprio rischio dall'affidatario di assicurare all'amministrazione aggiudicatrice la costante fruibilità dell'opera, nel rispetto dei parametri di funzionalità previsti dal contratto, garantendo allo scopo la perfetta manutenzione e la risoluzione di tutti gli eventuali vizi, anche sopravvenuti” (art. 3 comma 15 *bis* 1).

In base al primo comma dell'art. 160 *ter*, lett. *a*), *b*), *c*), la controprestazione della p.a. può avere natura complessa e consistere alternativamente:

- a) in un canone di disponibilità da versare soltanto in corrispondenza dell'effettiva disponibilità dell'opera. 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 quelli a carico dell'amministrazione ai sensi del successivo comma 3;
- b) nell'eventuale riconoscimento di un contributo in corso d'opera, comunque non superiore al cinquanta per cento del costo di produzione dell'opera, in caso di trasferimento della proprietà di quest'ultima all'amministrazione aggiudicatrice;
- c) in un eventuale prezzo di trasferimento, parametrato, in relazione ai canoni già versati e al contributo in corso d'opera di cui al precedente punto, al valore di mercato residuo dell'opera, da corrispondere al termine del contratto in caso di trasferimento della proprietà dell'opera all'amministrazione aggiudicatrice.

Corrispettivamente, l'affidatario si obbliga a mettere a disposizione dell'amministrazione aggiudicatrice l'opera, assumendosi il rischio della sua costruzione e della gestione tecnica.

Il canone di disponibilità deve essere di ammontare sufficiente a garantire l'effettiva e costante fruibilità dell'opera da parte dell'amministrazione, tenendo in considerazione anche la circostanza che tale somma sarà sottoposta ad adeguamento monetario, giusto quanto disposto dal primo comma della disposizione..

Inoltre, nelle ipotesi di trasferimento della titolarità del bene disciplinate dalle lettere *b*) e *c*), esso possiede una natura composita, comprensiva di due componenti: una relativa al godimento del bene, e l'altra riguardante il finanziamento finalizzato all'acquisto, analogamente alla disciplina della locazione finanziaria prevista dall'art. 160 *bis* del codice⁸.

⁸ La locazione finanziaria è il contratto mediante il quale un soggetto, il locatore, acquista un bene secondo le esigenze di un altro soggetto, il locatario, per poi concederlo in locazione al medesimo, con la possibilità per quest'ultimo di acquistarlo o restituirlo alla scadenza del contratto. Il suo profilo causale partecipa di due componenti: una di godimento

In tal caso l'amministrazione aggiudicatrice deve quantificare entrambe gli elementi ai fini dell'eventuale riduzione del canone e della risoluzione del contratto, laddove esso sia sceso sotto la soglia prevista (*infra*), valutando l'opportunità di parametrare la riduzione alla sola componente di disponibilità e non a quella di finanziamento.

Ulteriore modalità di remunerazione dell'affidatario è, come accennato poc'anzi, il pagamento di un contributo in corso d'opera in caso di trasferimento della proprietà della stessa, la cui limitazione quantitativa (non può essere superiore del 50% del costo totale di costruzione) deriva dalle prescrizioni contenute nella decisione Eurostat del 2004 ("*Treatment of public-private partnerships*") riguardante il trattamento contabile, nei conti nazionali, dei contratti sottoscritti dalla p.a. nell'ambito del partenariato, in particolare specificandone il loro impatto sul bilancio pubblico⁹. In questa ipotesi si pone il problema di individuare il momento perfezionativo della fattispecie traslativa in capo alla p.a., stante l'inesistenza della *res* nel momento della conclusione del contratto.

La tematica incrocia quella dell'individuazione dei profili causali del contratto di disponibilità e i conseguenti problemi di qualificazione che ne derivano, per la cui risoluzione è necessario muovere dalla valutazione dell'operazione economica sottesa, assumendo come presupposto dell'analisi l'accoglimento della teoria della causa in concreto¹⁰.

Visto sotto questa "lente", il contratto *de quo* si caratterizza per il contrapporsi di due fasci di obbligazioni: la costruzione e messa a disposizione dell'opera gravante in capo al partner privato, e il pagamento di una somma di denaro a carico dell'amministrazione aggiudicatrice. Si tratta, dunque, di un contratto con causa onerosa, a prestazioni corrispettive, consensuale e ad effetti obbligatori.

Ad una prima analisi esso pare ricalcare, nella sua forma essenziale, lo schema causale del contratto di locazione *ex artt.* 1571 ss. cod. civ. avente ad oggetto un bene futuro, mentre nella forma "complessa", ove si verifica il trasferimento della proprietà del bene, il contratto *de quo* assume i caratteri della compravendita di cosa futura *ex art.* 1472 cod. civ.

Sebbene tale ricostruzione indubbiamente colga alcuni aspetti causali della vicenda negoziale in esame, essa tuttavia non può essere accolta in questi termini per due ordini di ragioni: la prima, di

del bene qualora non vi sia l'acquisto della proprietà, e l'altra di intermediazione finanziaria laddove, al contrario, al locatario utilizzatore venga trasferita la titolarità del bene.

⁹ Nello specifico, Eurostat propone che i beni ottenuti mediante le forme di PPP non debbano qualificarsi come attivo patrimoniale pubblico e, pertanto, vadano registrati fuori bilancio (*off balance*), con evidenti ricadute in ambito di disavanzo pubblico. Ciò, però, a patto che siano presenti di due condizioni:

- il privato deve assumersi il rischio della costruzione dell'opera;
- il privato si assume alternativamente il rischio di disponibilità e il rischio di domanda.

¹⁰ Secondo questa concezione causale, accolta ormai anche dalla giurisprudenza prevalente (*ex multis* Cass. Sez. III, n. 10490/2006; Cass. S.U. n. 6538/2010; Cass. S.U. n. 14828/2012), la causa è la sintesi degli interessi concreti che le parti perseguono attraverso la conclusione del contratto.

natura prettamente civilistica, giacché, ai sensi dell'art. 1575 cod. civ., una delle principali obbligazioni del locatore è consegnare al conduttore la cosa locata sul presupposto della sua attuale esistenza in *rerum natura*; la seconda, di matrice pubblicistica, attiene all'ammissibilità della conclusione di un simile contratto da parte della p.a., nella misura in cui esso "(...) *comporta una serie di procedure atipiche che inducono a ritenere che il sistema prescelto sia in realtà rivolto a dissimulare un contratto d'appalto, con finalità, o quantomeno risultati, elusive della normativa interna e comunitaria in tema di opere pubbliche*"¹¹.

Un ostacolo alla netta chiusura verso la possibilità per la p.a. di impiegare il meccanismo negoziale della vendita di cosa futura è provenuto dal Consiglio di Stato, Adunanza Generale, 17/2/2000, n. 2 che ha ammesso il ricorso a questa fattispecie negoziale nei ristrettissimi limiti in cui l'opera da realizzare, o meglio, da acquisire, costituisca, secondo un ampiamente motivato e documentato apprezzamento dell'amministrazione, un bene infungibile con riguardo alle sue caratteristiche strutturali e topografiche, ovvero un "unicum" non acquisibile in altri modi, ovvero a prezzi, condizioni e tempi inaccettabili per il più solerte perseguimento dell'interesse pubblico.

Qualificata sotto il profilo civilistico l'operazione negoziale voluta dalle parti, le criticità relative al momento di trasferimento della proprietà nelle ipotesi "complesse" di contratto di disponibilità perdono di pregio, sol considerando il dato normativo: l'art. 1472 c.c., infatti, stabilisce che "*nella vendita che ha per oggetto una cosa futura, l'acquisto della proprietà si verifica non appena la cosa viene ad esistenza*". Conseguentemente, l'amministrazione aggiudicatrice diventerà proprietaria della *res* solo al momento del collaudo o della consegna della stessa, anche in considerazione dell'evidente pregiudizio in cui incorrerebbe il privato qualora si prevedesse tale trasferimento nella fase iniziale di esecuzione del contratto, oppure in una fase antecedente alla sua conclusione.

Inoltre, l'applicazione di questa disciplina pare coerente anche con le esigenze di mantenere *off balance* l'investimento della p.a., giacché sino alla venuta ad esistenza del bene il rischio di un suo perimento grava sul partner privato (in ossequio al principio *res perit domino*).

Il secondo comma della norma vincola le parti a determinare nel contratto le modalità di ripartizione dei rischi, con la possibilità di prevedere variazioni dei corrispettivi dovuti per eventi incidenti sul progetto, sulla realizzazione o sulla gestione tecnica dell'opera derivanti da norme o provvedimenti cogenti di pubbliche autorità. Inoltre, l'ultima parte della disposizione stabilisce che tutti i rischi sulla costruzione e gestione tecnica del manufatto, derivanti dal mancato o ritardato rilascio di autorizzazioni, pareri, nulla osta e ogni altro atto amministrativo restano invece a carico dell'amministrazione aggiudicatrice.

¹¹ In questi termini, Corte dei conti, sez. contr., 24/11/1995, n. 150.

Qualora uno dei rischi assunti contrattualmente dall'aggiudicatario effettivamente si verifichi, allora scatterà il meccanismo di riduzione o annullamento del canone proporzionato alla ridotta o nulla disponibilità dell'opera. Anche le modalità di riduzione devono essere stabilite dal capitolato prestazionale, in maniera tale da consentire ai candidati di quantificare concretamente l'ammontare dell'investimento necessario e, al tempo stesso, limitare i motivi di controversia tra le parti, sia prima che dopo la conclusione del contratto.

Occorrerà, pertanto, tenere distinte le situazioni di rischio dominabili dall'aggiudicatario, la cui verifica determina la riduzione o l'annullamento del canone, da quelle sottratte alla sua sfera di controllo, non potendosi ritenere responsabile un soggetto la cui condotta non ha inciso sulla serie causale che ha portato alla concretizzazione del rischio.

Il contratto dovrà quindi prevedere le modalità di abbattimento del canone: in via esemplificativa l'amministrazione potrebbe fissare un sistema di decurtazione di una certa percentuale o di una somma monetaria proporzionata al tempo di indisponibilità della *res*.

Per tali ragioni, il capitolato prestazionale deve essere redatto sulla base di un'accurata analisi costi-benefici, finalizzata alla verifica dell'effettiva convenienza dell'impiego del partenariato, che tenga conto dei requisiti tecnici che l'opera dovrà possedere e dell'ammontare del canone di disponibilità (nelle sue due componenti, quella di godimento e quella di finanziamento).

In virtù di tale valutazione l'amministrazione aggiudicatrice selezionerà i ribassi forniti in sede di gara dagli offerenti.

A garanzia dell'effettivo "funzionamento" del contratto, il comma 6 dell'art. 160 *ter* prevede: *"Il contratto individua, anche a salvaguardia degli enti finanziatori e dei titolari di titoli emessi ai sensi dell'art. 157 del presente decreto, il limite di riduzione del canone di disponibilità superato il quale il contratto è risolto"*.

Si tratta, con buona evidenza, di un automatismo finalizzato a tutelare i finanziatori, che vedrebbero pregiudicata la remunerazione del capitale investito, e la pubblica amministrazione che si troverebbe costretta a fornire alla collettività un servizio in mancanza di strutture adeguate.

Dall'analisi della presente disposizione pare affiorare un'antinomia con quanto previsto dal primo comma: il legislatore da un lato stabilisce la riduzione o l'annullamento del canone (comma 1), dall'altro impone alla p.a. di fissare la soglia di riduzione al di sotto della quale cala la scure della risoluzione (comma 6).

Invero, il rapporto tra i due dati normativi è solo apparentemente in contraddizione, giacché l'annullamento del canone di cui al primo comma trova applicazione nei periodi di limitata indisponibilità del bene, come nelle ipotesi di manutenzione dell'opera ovvero laddove essa sia affetta da vizi o difetti superabili, mentre la previsione dell'ultimo comma attiene a vizi strutturali

che ne inficiano l'utilizzabilità o, più in generale, ai casi nei quali l'opera presenta caratteristiche e qualità inferiori rispetto a quelli richiesti nel capitolato.

Trattandosi di un elemento centrale della fattispecie negoziale la soglia di risoluzione deve essere chiaramente individuata dall'amministrazione, consentendo agli offerenti di effettuare una valutazione globale dell'intera operazione economica e dei rischi ad essa connessi, sulla scorta della quale elaborare un'offerta adeguata.

Inoltre, il contratto deve contenere garanzie idonee ad evitare l'interruzione o la carenza del servizio, prevedendo modalità e tempistiche che consentano l'individuazione di un'altra opera o struttura adeguata, soprattutto in relazione ai servizi di natura continuativa (ad esempio quello di assistenza sanitaria).

Le offerte presentate devono contenere un progetto preliminare conforme alle caratteristiche indicate nel capitolato prestazionale accompagnate da apposita garanzia, giusto il disposto dell'art. 75 (pari al due per cento del prezzo di base indicato dall'amministrazione aggiudicatrice), e dalla cauzione definitiva prevista dall'art. 113 del Codice. Inoltre, per garantire l'adempimento dell'aggiudicatario, questi è tenuto a corrispondere dalla data di inizio della messa a disposizione del bene una cauzione a garanzia delle penali irrogate in caso di mancato o inesatto adempimento degli obblighi contrattuali, nella misura del dieci per cento del costo annuo operativo di esercizio. L'eventuale mancata prestazione di tale garanzia costituisce inadempimento grave dell'aggiudicatario.

Dal quadro normativo emerge la spiccata volontà del legislatore di garantire, attraverso un sistema di garanzie "deterrenti" aggravato rispetto alle procedure ordinarie di evidenza pubblica, il raggiungimento effettivo dell'obiettivo dell'amministrazione aggiudicatrice – l'utilizzazione di un'opera di proprietà privata destinata allo svolgimento di un pubblico esercizio – la cui *ratio* riposa sulla estraneità del soggetto pubblico alle fasi di progettazione definitiva ed esecutiva dell'opera.

Il progetto definitivo, il progetto esecutivo e le eventuali varianti in corso d'opera, infatti, sono redatti a cura dell'affidatario, così come al medesimo soggetto spetta la decisione di introdurre tutte le modifiche finalizzate ad una maggiore economicità di costruzione o gestione, ovviamente nei limiti di quanto prescritto dal capitolato prestazionale e dalle norme e provvedimenti delle pubbliche autorità vigenti e sopravvenute.

Parimenti, l'approvazione dei progetti spetta all'affidatario previa comunicazione all'amministrazione aggiudicatrice e alle terze autorità competenti.

Conseguentemente, tutti i rischi incidenti su questa fase, segnatamente quelli relativi alla mancata o ritardata approvazione da parte di autorità competenti della progettazione e delle eventuali varianti, restano a carico del soggetto affidatario.

In relazione al procedimento da adottare, il comma 3 dell'art. 160 *ter* stabilisce che il bando sia pubblicato con le modalità di cui agli artt. 66 e 122 del codice a seconda dell'importo del contratto (sopra o sotto soglia di rilevanza comunitaria), ponendo a base di gara il capitolato prestazionale predisposto dall'amministrazione aggiudicatrice.

A questo proposito, la procedura di gara, sebbene non specificata dalla disposizione, si ricava per induzione dal tipo di criterio di selezione adottato dal legislatore – quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa – il quale, per espressa previsione codicistica, è destinato ad operare di norma nelle procedure ristrette (e nei casi in cui il contratto non ha per oggetto la sola esecuzione, cfr. art. 55 comma 2 del Codice).

Ai sensi dell'art. 83 del Codice, quando il criterio di selezione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione della stazione appaltante dovrà focalizzarsi su diversi elementi tra cui quelli tecnici, in particolare il progetto preliminare presentato dai concorrenti, e quelli economici, in special modo l'ammontare del canone di disponibilità calibrato sulla natura dell'opera.

In punto di qualificazione, il legislatore ha stabilito che il contratto *de* quo segua la disciplina dei contratti ad evidenza pubblica per quanto concerne i requisiti generali di partecipazione alle procedure di affidamento e di qualificazione degli operatori economici.

Ciò implica che i concorrenti, singoli o raggruppati, dovranno possedere non solo tutti i requisiti di ordine generale e di idoneità professionale *ex* artt. 38-39 del Codice, ma anche le attestazioni SOA per l'esecuzione e la progettazione dell'opera, avvalendosi di professionisti in possesso dei requisiti di qualificazione richiesti dal bando laddove essi non siano stati dimostrati attraverso la propria struttura tecnica (art. 40 Codice).

L'attività di collaudo è posta in capo alla stazione appaltante che *“verifica la realizzazione dell'opera al fine di accertare il puntuale rispetto del capitolato prestazionale e delle norme e disposizioni cogenti e può proporre all'amministrazione aggiudicatrice, a questi soli fini, modificazioni, varianti e rifacimento di lavori eseguiti ovvero, sempre che siano assicurate le caratteristiche funzionali essenziali, la riduzione del canone di disponibilità”* (art. 160 *ter* comma 6). Ciò significa che il collaudatore non verificherà la conformità dell'opera al progetto, come avviene generalmente per il collaudo delle opere pubbliche (cfr. art. 141), bensì la sua rispondenza al capitolato prestazionale che, come accennato in precedenza, si limita a fissare le caratteristiche funzionali e tecniche che l'opera deve assicurare.

Si segnala che in questa fase l'amministrazione aggiudicatrice recupera il potere di ingerenza nell'attività del privato, potendo proporre modifiche, varianti e rifacimento di lavori già eseguiti, ovvero la riduzione del canone in relazione alla diminuita fruibilità dell'opera.

Per quanto concerne la titolarità delle aree ove l'opera pubblica sarà edificata merita un cenno l'eventualità, normativamente prevista, che l'amministrazione aggiudicatrice attribuisca all'affidatario il ruolo di autorità espropriante ai sensi del Testo unico espropriazioni (D.P.R., 8 giugno 2001, n. 327).

A tale riguardo si pone la problematica inerente alla possibilità che le aree demaniali costituiscano il sedime di opere la cui titolarità resta in capo ai privati, ciò implicando che al termine del contratto di disponibilità questi si troverebbero ad occuparle senza titolo.

Per evitare simili cortocircuiti applicativi si deve ritenere che il contratto in esame non possa avere ad oggetto opere da realizzarsi su aree del demanio pubblico, come carceri, strade, cimiteri, porti, mentre sarà utilizzabile per la realizzazione di immobili in cui collocare uffici pubblici, spazi espositivi, edilizia economica e popolare (così come peraltro indicato nella relazione illustrativa del d.l. n. 1/2012).

Ancora in tema di disciplina generale non può tacersi la rilevanza di un dato: la genericità della disposizione in esame rispetto all'istituto della locazione finanziaria regolata dall'art. 160 *bis* del codice, con particolare riferimento alle modalità operative di utilizzazione del neonato strumento negoziale.

Infatti, dall'analisi della norma emerge che la locazione finanziaria è destinata ad essere impiegata per la realizzazione, l'acquisizione e il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità (art. 160 *bis* comma 1), mentre il contratto di disponibilità non risente di alcuna limitazione, essendo suscettivo di applicazione per la costruzione *ex novo*, ovvero per l'acquisizione di opera già esistente: la decisione al riguardo spetta al soggetto aggiudicatario in virtù dell'autonomia progettuale di cui egli è titolare.

Ciò conferma l'intenzione del legislatore di fornire alla p.a. uno strumento negoziale ancora più flessibile rispetto alle altre forme di partenariato, in grado di valorizzare l'autonomia progettuale del privato ed accentuare i profili collaborativi tipici di questo fenomeno.