



Il Sole  
**24 ORE**

# Edilizia e Territorio

COMMENTI

## Di liberalizzazioni



Con il contratto di disponibilità nasce un nuovo modello di partenariato pubblico-privato in cui il privato, oltre a progettare, finanziare e realizzare l'opera ne garantisce anche la manutenzione.

# Rilancio dei project bond, Pf per l'edilizia carceraria e nuove regole per il subentro

Dopo il decreto Salva-Italia anche il Dl sulle liberalizzazioni interviene sulla disciplina del project financing. Altre novità riguardano le norme sulla progettazione, quelle sulle concessioni e sul dialogo competitivo.

DI ROBERTO MANGANI

Testo a pagina 16

**U**lteriori novità in materia di project financing, riduzione delle somme da destinare alle opere d'arte nell'ambito della realizzazione di edifici pubblici, modifica di alcune disposizioni in tema di concessione di lavori pubblici, semplificazione delle norme sull'approvazione dei progetti, oltre all'introduzione del contratto di disponibilità (di cui si parla in un articolo a parte).

Sono queste le principali innovazioni in materia di infrastrutture contenute nel decreto legge 1/2012 (c.d. decreto liberalizzazioni) che, dopo i primi due decreti del governo Monti, interviene per la terza volta sulla normativa che regola la realizzazione delle opere pubbliche, a testimonianza della rilevanza strategica che il settore riveste in una logica di rilancio dell'economia.

## Il project financing

Ancora innovazioni in materia di project financing, sempre nell'ottica di incrementare il livello di funzionalità dell'istituto, al fine di rendere più agevole il coinvolgimento di capitali privati nella realiz-

zazione delle infrastrutture.

La novità più significativa è legata alle modalità di funzionamento della società di progetto, cioè della società che, ai sensi dell'articolo 156 del Dlgs 163/2006, può essere costituita dall'aggiudica-

**Il diritto di prelazione a favore del promotore viene esteso anche alle infrastrutture strategiche**

tario della concessione affidata nell'ambito del project financing, divenendo essa stessa il soggetto titolare dell'intervento.

L'innovazione introdotta riguarda le modalità di emissione da

parte di questa società delle obbligazioni di scopo, i c.d. project bond. Al fine di rendere più efficace tale emissione vengono apportate alcune significative modifiche all'articolo 157 del Dlgs 163, che già prevedeva tale facoltà.

La prima riguarda la possibilità di emettere le obbligazioni anche in deroga all'articolo 2412 del codice civile. Quest'ultima norma sancisce la regola secondo cui le società possono emettere obbligazioni al portatore o nominative per una somma complessivamente non eccedente il doppio del capitale sociale, della riserva legale e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio approvato. La precedente formulazione dell'articolo 157 già prevedeva che detto limite potesse essere superato, previa autorizzazione degli organi di vigilanza, ma imponeva come condizione che le obbligazioni emesse superando detto limite fossero garantite mediante ipoteca. Si trattava evidentemente di una condizione – peraltro ripresa da un'analogha previsione contenuta nello stesso articolo 2412 – che se da un lato mirava a circondare di adeguate garanzie emissioni obbli-

gazionarie di entità significativamente superiore ai mezzi propri della società, dall'altro costituiva un'oggettiva limitazione alla possibilità per le società di progetto di approvvigionarsi sul mercato di capitali.

La nuova formulazione dell'articolo 157 modifica la condizione da rispettare ai fini del superamento del limite di emissione di obbligazioni da parte della società di progetto. Non più la prestazione di garanzia ipotecaria, ma l'obbligo che le obbligazioni siano destinate alla sottoscrizione da parte di investitori qualificati, definiti come tali ai sensi del regolamento di attuazione del decreto legislativo 58/1998. Si tratta della categoria di investitori che ricomprende tra gli altri le banche, le società di gestione del risparmio, le Sicav, i fondi pensione, le imprese di assicurazione, le fondazioni bancarie.

La *ratio* dell'innovazione è chiara. Si elimina un onere gravoso e spesso difficilmente attuabile come la prestazione di una garanzia ipotecaria, ponendo come unica forma di cautela che il prestito obbligazionario non sia aperto a tutti ma solo a quei soggetti che, proprio per la loro veste di investitori professionali, si ritiene siano di per sé in grado di valutare il grado di rischio derivante dalla sottoscrizione di obbligazioni emesse in deroga ai limiti previsti dal codice civile. Di conseguenza le obbligazioni devono essere nominative e non possono essere trasferite a soggetti diversi dagli investitori qualificati.

In sostanza la garanzia imposta dal legislatore si sposta dal livello oggettivo (dazione di beni in garanzia) a quello soggettivo (profilo dei soggetti che acquistano le obbligazioni). Il fine ultimo è evidentemente quello di facilitare l'accesso della società di progetto a forme di finanziamento reperite sul mercato, così da agevolare il reperimento delle risorse necessarie per la realizzazione dell'opera.

Sempre in questa logica agevo-

## LE OPERE D'ARTE NEI GRANDI EDIFICI

**Vengono ridotte le somme da destinare all'abbellimento mediante opere d'arte degli edifici pubblici da realizzarsi a cura delle amministrazioni dello Stato, Regioni, Province e comuni ed enti pubblici in generale.**

**Attraverso un intervento sulla vecchia normativa contenuta nella legge 717/1949, l'entità di tali somme viene fissata nel 2% della spesa totale prevista nel progetto per importi di lavori ricompresi tra uno e comunque milioni di euro; nell'1% per importi tra cinque e venti milioni di euro; nello 0,5% per importi superiori a venti milioni di euro.**

**Viene inoltre sancita la totale esenzione di tale destinazione di somme per gli edifici che comportino un investimento inferiore a un milione di euro, nonché per tutti gli edifici destinati a uso industriale o di edilizia residenziale pubblica, qualunque sia l'importo della relativa spesa.**

lativa si muove anche la seconda novità contenuta nella nuova formulazione dell'articolo 157. Attraverso l'inserimento del comma 3, viene stabilito che le obbligazioni, sino all'avvio della gestione dell'infrastruttura da parte del concessionario, possono essere garantite dal sistema finanziario, da fondazioni e da fondi privati, secondo modalità che dovranno essere definite con decreto del ministro dell'Economia di concerto con quello delle Infrastrutture.

Questa forma di garanzia dovrebbe agevolare il reperimento di risorse finanziarie sul mercato da parte della società di progetto anche prima e a prescindere dall'erogazione dei flussi di cassa conseguente alla gestione dell'opera. In tal modo si mira a far sì che la società di progetto possa contare su tali risorse già nella fase iniziale di realizzazione dell'opera, sulla base di un meccanismo che vede la garanzia del sistema finanziario surrogarsi a quella costituita dai proventi della gestione.

### Le grandi infrastrutture

Attraverso un'ulteriore modifica dell'articolo 175, comma 14, del Dlgs 163 viene introdotto, nell'ambito del project financing per le opere strategiche, il controverso istituto del diritto di prelazione a favore del promotore.

L'articolo 175, che disciplina

appunto la finanza di progetto per le opere strategiche, è stato completamente riformulato a opera della legge 23 dicembre 2011, n. 214, di conversione del Dl 201/2011 (decreto Salva-Italia). Nell'ambito di tale riformulazione, una disciplina ad hoc è stata introdotta per regolamentare l'iniziativa dei privati volta a promuovere iniziative di project financing per le opere strategiche.

In base a quanto previsto dal nuovo comma 14 dell'articolo 175, i privati possono presentare ai soggetti aggiudicatori delle proposte per la realizzazione in project financing di infrastrutture strategiche. La presentazione della proposta non comporta alcun onere a carico del soggetto aggiudicatore, che rimane libero di non accettarla fino al momento in cui decida di attivare le procedure di impatto ambientale e di localizzazione urbanistica.

La proposta si compone del progetto preliminare dell'intervento, dello studio di impatto ambientale, della bozza di convenzione e del piano economico-finanziario asseverato, nonché dell'indicazione del contributo pubblico eventualmente necessario per la realizzazione del progetto. Il piano economico-finanziario comprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, nel limite massimo del 2,5% del valore dell'investimento.

## PROGETTAZIONE, NON SERVONO TUTTI I LIVELLI

Ai fini della messa in gara di un'opera non è più necessario provvedere preliminarmente alla redazione di tutti e tre i livelli di progettazione (preliminare, definitiva, esecutiva). Viene infatti stabilito, attraverso una modifica dell'articolo 93, comma 2, del Dlgs 163, che la progettazione preliminare o quella definitiva possono essere omesse purché nel livello successivo siano contenuti tutti gli elementi propri del livello omesso.

In coerenza con tale modifica, viene inoltre stabilito, attraverso l'inserimento del comma 1-bis all'articolo 97, che le stazioni appaltanti possono sottoporre all'approvazione degli organi amministrativi, anche in sede di conferenza di servizi, un progetto con livello di maggior dettaglio di quello richiesto dalla norma di riferimento, ottenendo comunque le approvazioni proprie dei precedenti livelli progettuali, eventualmente omessi.

Infine la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera può essere disposta anche quando l'autorità espropriante approva il progetto esecutivo.

Qualora la proposta venga ritenuta dal soggetto aggiudicatore meritevole di accoglimento, vengono attivate le procedure di impatto ambientale e di localizzazione urbanistica. Successivamente la proposta è trasmessa al Ministero delle infrastrutture che provvede alla relativa istruttoria.

Il progetto preliminare, unitamente allo schema di convenzione e al piano economico-finanziario, è sottoposto all'approvazione del Cipe. In sede di approvazione il Cipe può richiedere delle modifiche; se il proponente accetta di apportare alla sua proposta tali modifiche, egli assume la qualifica di promotore e l'intervento viene formalmente inserito tra quelli realizzabili tramite project financing. Di conseguenza il progetto e la documentazione allegata vengono posti a base di gara per l'affidamento della relativa concessione, che viene aggiudicata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In questa procedura di gara – e siamo all'innovazione introdotta dal Dl 1/2012 – al promotore è riconosciuto il diritto di prelazione, la cui esistenza deve essere stata preliminarmente evidenziata nel bando di gara. Riceve quindi riconoscimento anche per le opere strategiche l'istituto della prelazione, già presente in una delle forme in cui si può

articolare la gara relativa al project financing per le opere ordinarie. Istituto che, va ricordato, era stato a suo tempo oggetto di una procedura di infrazione promossa dagli organismi comunitari.

Se il promotore non partecipa alla gara, gli viene escussa la cauzione pari al 2% dell'importo a base di gara; il che significa che, al di là del diritto di prelazione, il promotore è comunque tenuto a partecipare alla gara, obbligo che per alcuni versi appare contraddittorio proprio con il riconoscimento del diritto di prelazione. Se pur partecipandovi non risulta vincitore e non esercita il diritto di prelazione, ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, quale risultante dal piano economico-finanziario, nel limite massimo del 2,5 % dell'investimento. Infine, se esercita la prelazione, ha l'obbligo di pagare a favore dell'originario aggiudicatario le spese da questi sostenute per la predisposizione dell'offerta, sempre nei limiti del 2,5% dell'investimento.

### Il Pf per le carceri

Il Dl 1/2012 contiene anche alcune indicazioni in tema di project financing per l'edilizia carceraria, anche se le norme introdotte non disegnano certamente una

disciplina organica e completa, limitandosi piuttosto a dettare alcuni principi di carattere generale.

La prima indicazione è che il project financing, da attuare secondo le procedure dettate in termini generali dagli articoli 153 e seguenti del Dlgs 163, costituisce lo strumento cui ricorrere in via prioritaria per la realizzazione di nuove carceri. Questa indicazione di priorità fa salve peraltro le previsioni in materia di permuta, nonché la necessità di analizzare la convenienza economica dello strumento e di verificare l'assenza di effetti negativi sulla finanza pubblica in relazione alla copertura finanziaria dell'eventuale corrispettivo da riconoscere al concessionario.

Proprio l'esistenza di questo corrispettivo costituisce la seconda indicazione di carattere generale contenuta nella norma introdotta. Viene infatti previsto che al fine di assicurare l'equilibrio economico-finanziario dell'investimento, al concessionario è riconosciuta, a titolo di prezzo, una tariffa per la gestione dell'infrastruttura carceraria e dei servizi connessi, con esplicita esclusione della custodia. Le modalità di corresponsione di tale tariffa sono definite in sede di approvazione del progetto e in ogni caso devono prevedere che la materiale erogazione del corrispettivo al concessionario avvenga solo successivamente alla messa in esercizio dell'infrastruttura carceraria. In sostanza sembra che la tariffa possa riguardare sia l'insieme delle prestazioni relative alla gestione in senso proprio dell'infrastruttura (ad esempio manutenzione, facility management ecc.) che i servizi di natura complementare (ad es. il servizio mensa, lavanderia ecc.). Non è invece chiaro se la tariffa possa riguardare la stessa messa a disposizione dell'infrastruttura, ad esempio prevedendo il pagamento al concessionario di un certo canone per ogni posto destinato a un detenuto. È infatti vero che dai servizi oggetto di tariffazione la norma esclude esplicita-

mente la custodia, ma questa appare cosa diversa dalla semplice messa a disposizione della postazione destinata al detenuto. D'altro canto, consentire che la tariffa possa coprire anche tale messa a disposizione faciliterebbe enormemente il raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario dell'operazione, che altrimenti potrebbe risultare non agevole.

Viene inoltre previsto che sul concessionario debba gravare l'alea economico-finanziaria della costruzione e della gestione dell'opera, il che sembra indicare che qualunque incremento dei costi in entrambe le fasi debba far capo esclusivamente al concessionario per tutta la durata della concessione, che non potrà comunque essere superiore a venti anni.

Questi principi generali dovranno comunque ricevere ulteriore specificazione in un provvedimento attuativo. È infatti previsto che con decreto del ministro della Giustizia, di concerto con quelli delle Infrastrutture e dell'Economia, siano disciplinate condizioni, modalità e limiti per l'attuazione di operazioni di project financing relative all'edilizia carceraria.

### **Il dialogo competitivo**

Attraverso l'aggiunta del comma 18-bis all'articolo 58 del Dlgs 163 viene introdotta una disposizione in tema di dialogo competitivo che rinvia al regolamento del codice dei contratti la definizione di ulteriori modalità attuative della disciplina primaria. Si tratta evidentemente di una norma che non ha alcun impatto immediato ma che sembra preludere a una successiva integrazione delle disposizioni regolamentari in tema di dialogo competitivo, attualmente contenute unicamente nelle poche previsioni di cui all'articolo 117 del Dpr 207/2010.

### **Le concessioni**

Poche ma significative modifiche in tema di concessione di lavori pubblici. La prima riguarda il conte-

nuto dei bandi con cui viene indetta la gara per l'affidamento della concessione (quella a iniziativa dell'amministrazione concedente, quindi fuori dalla procedura tipica di project financing).

Attraverso l'inserimento di un comma 3-bis all'articolo 144, viene stabilito che tali bandi e i relativi allegati, tra cui lo schema di contratto e il piano economico-finanziario, sono definiti in maniera tale da assicurare adeguati livelli di bancabilità dell'opera.

Si tratta di una disposizione di cui in realtà non è chiara la reale portata precettiva. La bancabilità dell'opera è infatti diretta conseguenza del piano economico-finanziario i cui elementi fondamentali derivano dalle caratteristiche intrinseche dell'intervento, e in particolare delle fasi di realizzazione e di successiva gestione. In questo senso la possibilità di assicurare adeguati livelli di bancabilità dell'opera non può certo essere ricondotta alla formulazione del bando e dei relativi allegati, che si limitano a rappresentare la situazione di fatto esistente.

La seconda innovazione riguarda il subentro di altro soggetto nel caso di risoluzione del rapporto concessorio con l'originario concessionario, disciplinato dall'articolo 159 del Dlgs 163. Tale ultima norma prevede infatti che per evitare la risoluzione della concessione, gli enti finanziatori del progetto possano designare un soggetto subentrante all'originario concessionario. Tale soggetto deve essere accettato dall'ente concedente purché abbia determinate caratteristiche, ed è proprio sulle definizioni delle stesse che interviene la novità normativa. Nella precedente formulazione era infatti previsto che il nuovo potenziale concessionario dovesse avere caratteristiche tecniche e finanziarie sostanzialmente equivalenti a quelle possedute dall'originario concessionario al momento dell'affidamento della concessione. Nella nuova formulazione della norma la

corrispondenza delle caratteristiche del nuovo concessionario viene definita non con riferimento a quelle possedute dal vecchio concessionario ma, più correttamente, a quelle previste nel bando di gara a suo tempo emanato (che possono essere anche minori di quelle effettivamente possedute dal vecchio concessionario). Inoltre, le caratteristiche del nuovo concessionario andranno comunque definite avuto riguardo alla situazione concreta del progetto e allo stato di avanzamento dello stesso alla data del subentro. Il che sta a significare che le caratteristiche tecniche e finanziarie del soggetto subentrante possono legittimamente essere di livello inferiore a quelle previste originariamente, purché siano congrue con ciò che resta da fare per completare l'attuazione dell'intervento.

L'ultima innovazione riguarda infine i lavori che il concessionario deve obbligatoriamente affidare a terzi (e che quindi non può eseguire in house). La norma riguarda in realtà solo le concessioni già affidate alla data del 30 giugno 2002 (comprese quelle rinnovate o prorogate). Per esse la quota di lavori che il concessionario deve affidare a terzi agendo come amministrazione aggiudicatrice viene elevata dal 40 al 50 per cento. Incremento che peraltro è destinato a divenire operativo solo a partire dal 1° gennaio 2015. ■

# 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.

### 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-

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

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

---

## **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

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)*