



REGIONE DEL VENETO

Nucleo di Valutazione e Verifica degli Investimenti Pubblici (NUVV)

Il contratto di disponibilità.

Un caso di insuccesso.

A cura di Silvia Lucatello

Il contratto di disponibilità.

Un caso di insuccesso.

Sommario

1. Inquadramento normativo.	pag. 2
2. Il modello contrattuale. Il partenariato pubblico privato.	pag. 3
3. La natura giuridica del contratto di disponibilità.	pag. 5
4. L'oggetto del contratto di disponibilità. Le opere realizzabili.	pag.11
5. Il corrispettivo dell'operatore privato.	pag.15
6. I rischi nel contratto di disponibilità.	pag.21
7. Il contratto di disponibilità. Un caso di insuccesso.	pag.25

1. Inquadramento normativo.

Il contratto di disponibilità viene previsto per la prima volta nell'ordinamento giuridico italiano dall'articolo 44 del D.L. n. 1 del 24/01/2012, convertito con modificazioni nella L. 24/3/2012 n. 27 recante "Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività (c.d. decreto "Cresci Italia"), il quale ha comportato una modifica al vecchio codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture- il D. Lgs. n. 163/2006- e vi ha così introdotto, con l'art. 160 ter, questa nuova forma negoziale.

Si tratta di una fattispecie contrattuale approdata nel nostro ordinamento a seguito di alcune esperienze straniere e in un momento di forte espansione del partenariato pubblico privato¹, per consentire alle pubbliche amministrazioni di far fronte alla necessità di disporre di asset immobiliari perfettamente funzionanti per lunghi periodi di tempo.

Utili indicazioni in merito a questa forma negoziale sono state, successivamente, fornite dall'AVCP con la determinazione n. 4 del 22/05/2013 aventi ad oggetto "Linee guida sulle operazioni di leasing finanziario e sul contratto di disponibilità".²

Il codice degli appalti disciplinato dal D.Lgs n. 50 del 2016 aveva previsto e regolato il contratto di disponibilità all'art 3 (Definizioni) comma 1, lett. hhh) e all'art 188 (contratto di disponibilità).

¹ Si veda il 6^ rapporto per l'VIII commissione ambiente, territorio e lavori pubblici del 5/9/ 2011 "L'attuazione della legge obiettivo, pag. 110 e ss.

² "Il regime dei contratti esclusi e il partenariato pubblico privato". Guida operativa al D. Lgs 18 aprile 2016, n. 50. Vincenzo Giannotti, Marco Panato, Nicola Sperotto, Ipsoa- 2016 Ed.1 Cap 23 "Il contratto di disponibilità" pag. 205 e ss.

Anche il nuovo codice dei contratti, approvato con D.Lgs n. 36 del 2023, in attuazione della legge delega del 21/06/22 n. 78 contempla questa forma contrattuale nelle definizioni contenute nell'allegato 1, all'art 2 (definizioni dei contratti) al co.1 lett d) e la disciplina all'art. 197 (definizione e disciplina)³.

2. Il modello contrattuale. Il partenariato pubblico privato.

Nel precedente codice (D. Lgs. n. 50/2016) il contratto di disponibilità era definito all'art. 3 co. 1, lett. hhh) e regolato dall'art.188, il quale aveva sostanzialmente riprodotto quanto previsto dal vecchio codice De Lise (D. Lgs. n. 163/2006).

All'art. 3 co.1 lett. hhh) del D. Lgs. n. 50/2016, il contratto di disponibilità era definito come *"il contratto mediante il quale sono affidate, a rischio e a spese 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"*. Tale definizione precisava poi che per *"messa disposizione si intende l'onere assunto a proprio rischio dell'affidatario di assicurare all'amministrazione aggiudicatrice la costante fruibilità dell'opera, nel rispetto dei parametri di 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"*.

³ "La nuova disciplina dei contratti pubblici. Commento al Codice e agli allegati approvati con D. Lgs 31/03/23 n. 36, L. Ponzzone, Neldiritto Editore, per una prima analisi "a caldo" della nuova disciplina dei contratti pubblici e per un raffronto con la disciplina precedente .

Tale fattispecie contrattuale (era ed) è riconducibile alla public-private partnership (Partenariato Pubblico Privato). Infatti, l'art 180, co. 8⁴ del vecchio codice la ricomprendeva espressamente tra i contratti di partenariato disciplinati dagli artt. 179 e seguenti.

Anche nel nuovo codice, D.lgs. 36/23, tale figura negoziale è ricondotta all'operazione economica di Partenariato Pubblico Privato disciplinata all'art. 174 ed in particolare alle figure di PPP di tipo negoziale previste al comma 4.

Come è noto, caratteristica saliente delle forme di partenariato pubblico privato è data dalla collaborazione tra soggetto pubblico e privato volta alla realizzazione di un'opera o alla fornitura di un servizio, con allocazione dei rischi fondamentalmente in capo al soggetto privato, che ricava un utile dall'attività svolta.

Aspetto non secondario derivante da questo tipo di collaborazione è dato dalla possibilità di integrare le competenze del settore pubblico e del settore privato anche in considerazione delle ridotte risorse finanziarie a disposizione delle pubbliche amministrazioni.

Il contratto di disponibilità costituisce un ulteriore strumento voluto dal legislatore per potenziare la suddetta forma di collaborazione; giova fin da ora anticipare che questa tipologia di contratto si differenzia dal contratto di partenariato pubblico privato in senso "puro" per il fatto che l'opera non viene gestita dall'operatore economico che la realizza, ma dalla stessa P.A., e la titolarità dell'opera, realizzata dall'affidatario e destinata all'esercizio di un pubblico servizio, è privata e richiede

⁴ Art. 180 co. 8 D. Lgs n. 50/2016 "Nella tipologia dei contratti di cui al comma 1 rientrano la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti."

espressamente che sia preventivamente determinata la finalità della stessa alla realizzazione di una specifica esigenza dell'amministrazione pubblica.

Con tale formula contrattuale la pubblica amministrazione trasla all'affidatario l'onere di assicurare 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.

Di grande importanza, anche in vigore del nuovo codice, è il fatto che la qualificazione di tale fattispecie contrattuale come forma di partenariato pubblico privato, unitamente al rispetto delle decisioni Eurostat, consente l'applicazione della disciplina prevista dal codice per tale forma negoziale e la possibilità di non contabilizzare l'opera a carico del bilancio pubblico (ovvero la possibilità di considerarla "off balance", ai sensi della Decisione Eurostat 11.02.2004 n. 18)⁵.

3. La natura giuridica del contratto di disponibilità.

Va preliminarmente osservato che la letteratura riferita al contratto di disponibilità risulta abbastanza scarna.⁶

⁵ Si veda Azienditalia 2013,3,227 "Il contratto di disponibilità nell'interpretazione della magistratura contabile" per un'utile ricostruzione delle caratteristiche che il contratto di disponibilità deve presentare per una sua contabilizzazione "off balance" alla luce del parere n 66/2012 Corte dei Conti Puglia; Corte dei Conti Lombardia Parere 3/10/2012 n. 439.

⁶ Marcello Clarich - Commentario al Codice degli appalti Edizione 2019 - Alberto Giovannini pag. 1258 nota n. 5

Sulla natura giuridica del contratto di disponibilità risulta essersi cimentata *in primis* la magistratura contabile⁷ che ha sostenuto che *“il contratto di disponibilità può rappresentare una tipica ipotesi di collegamento negoziale, con cui le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso attraverso il coordinamento dei vari negozi, ciascuno dei quali, pur conservando una causa autonoma, è finalizzato ad un unico regolamento di interessi in quanto non si potrebbe asserire «in astratto ed in generale, quale sia la funzione economico sociale che le parti intendono realizzare quando si avvalgono dello schema negoziale in esame».*

Più in particolare, poi, la Corte dei Conti ha precisato che tale fattispecie contrattuale non dovrebbe *«confondersi con il leasing operativo o di godimento, il quale ha ad oggetto la messa a disposizione del conduttore di un bene che di solito è nella disponibilità del locatore, il quale si obbliga a fornire altresì i servizi connessi alla perfetta efficienza del bene stesso (assistenza, manutenzione, etc.) dietro pagamento dei canoni; i quali (diversamente dal leasing finanziario), non contengono alcuna porzione di prezzo, ma sono ragguagliati al valore di utilizzazione del bene, cosicché l'acquisto al termine del contratto costituisce un fatto meramente eventuale. Proprio questa caratteristica dei canoni esclude la componente del finanziamento, prevista nel leasing finanziario.*

La magistratura contabile sottolinea, inoltre, che la casistica giurisprudenziale evidenzia che tale *fattispecie atipica normalmente ha ad oggetto beni strumentali a rapida obsolescenza economica (quali ad es. i mezzi di trasporto, attrezzature informatiche, etc.) destinati a soddisfare esigenze temporanee (di breve durata) dell'utilizzatore, il*

⁷ Corte dei Conti Lombardia parere 3/10/2012 n. 439 e parere n. 266/2015.

quale non vuole assumersi il rischio (e il costo) legato al rapido deterioramento di tali beni.

Il contratto di disponibilità presuppone invece che il bene (si presume immobile) oggetto del contratto sia destinato a soddisfare esigenze che, se pure non permanenti, siano piuttosto durature»⁸.

Alcuni autori in dottrina ⁹ non hanno condiviso detta impostazione, osservando come essa si inserisca nella visione che configura il fenomeno del partenariato pubblico privato come forma di "collegamento negoziale" e sostenendo che tale prospettiva sia da ritenersi superata, se non altro alla luce del fatto che il legislatore, già nel D. Lgs. n. 50/2016, definiva espressamente il partenariato pubblico privato come "contratto". Dunque, esso si presenta quale *"schema negoziale connotato, indubbiamente, da una causa multiforme, ma che non per questo perde la propria conformazione unitaria"*.

Secondo tale posizione il contratto di disponibilità, *species* del contratto di partenariato, è da considerarsi un contratto complesso, all'interno del quale convergono una pluralità di funzioni, volto ad assicurare alla pubblica amministrazione la realizzazione e la fruizione di un'opera da destinarsi allo svolgimento di un pubblico servizio.

A tal proposito si fa riferimento alla relazione illustrativa di accompagnamento al D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, (che ha introdotto il contratto di disponibilità nel nostro ordinamento), nella quale si legge, «attraverso la nuova procedura potranno essere realizzati edifici ad uso ufficio da destinare, per un periodo di tempo predefinito, all'utilizzo pubblico».

⁸ Corte dei Conti Sez. Cont. Puglia deliberazione n.66/PAR/2012.

⁹ Marcello Clarich – "Commentario al Codice degli appalti" Edizione 2019 - Alberto Giovannini pagg. 1261 - 62.

La funzione economico-sociale del contratto di disponibilità si presenta, pertanto, perfettamente aderente al modello del partenariato pubblico privato.

D'altra parte, la succitata relazione chiarisce e conferma che «attraverso l'introduzione di tale nuovo strumento si intende incentivare l'apporto di capitale privato, atteso che viene ad ampliarsi il ventaglio degli strumenti di partenariato pubblico privato attualmente configurati dal codice dei contratti pubblici».

Una volta chiarito che il contratto di disponibilità è riconducibile allo schema negoziale del partenariato pubblico privato, la dottrina ha indagato sulla natura giuridica di tale fattispecie contrattuale.

Secondo gli stessi autori già richiamati, il contratto di disponibilità potrebbe essere qualificato quale "*forma speciale rispetto al modello del leasing operativo*", il quale è contratto sinallagmatico tra due sole parti: in esso è direttamente il fornitore a concedere il bene in godimento all'utilizzatore dietro pagamento di un canone periodico, con eventuale diritto di riscatto del bene stesso. La peculiarità del contratto di disponibilità sarebbe da ricondursi alla natura pubblica del soggetto utilizzatore e alla funzione economico sociale perseguita, non potendosi ritenere risolutiva l'obiezione fondata sull'oggetto del contratto proposta dalla magistratura contabile (beni destinati ad una obsolescenza rapida destinati a soddisfare esigenze temporanee; beni immobili). Nulla osterebbe infatti a che oggetto del leasing operativo fosse un bene immobile anziché un bene standardizzato a rapida consumazione e, alla luce di questa tesi, troverebbe spiegazione anche la particolare conformazione del diritto di riscatto che trovava nell'art. 188 del D.lgs 50/2016 una disciplina abbastanza articolata, pur rimanendo il suo esercizio un fatto puramente eventuale.

Per quanto attiene alla questione esaminata, si deve citare anche quella parte della dottrina¹⁰ che tende assimilare il contratto di disponibilità nella sua forma "base" con il contratto di locazione di cosa futura a prestazioni aggravate per il locatore, allo scopo di porre in evidenza la finalità di attribuzione all'amministrazione dell'immobile, come si usa dire gergalmente, "chiavi in mano", senza, dunque, che la medesima debba provvedere alla realizzazione dell'opera pubblica. Si è anche però evidenziato come tale configurazione abbia destato qualche difficoltà concettuale anche in considerazione del fatto che il contratto di locazione di cosa futura non è disciplinato dal codice civile.

Qualora ,invece, si verifichi il trasferimento della proprietà del bene, l'assimilazione proposta dalla dottrina del contratto di disponibilità è con il contratto di compravendita di cosa futura, posizione anche questa criticata ¹¹ alla luce delle considerazioni della *"diversa struttura contrattuale essendo l'uno diretto alla sola compravendita di un bene, l'altro alla costituzione di una più complessa operazione negoziale in cui convengono una pluralità di funzioni e in cui l'elemento centrale rimane la corretta allocazione dei rischi tra le parti contrattuali"*.

Si osserva ¹² altresì, a tal proposito che *" la compravendita di cosa futura da parte di una pubblica amministrazione, pur essendo in astratto ammissibile, è condizionata in concreto dalla ricorrenza di situazioni*

¹⁰ Contratti pubblici. Il contratto di disponibilità. di Stefano Fantini - Il Libro dell'anno del Diritto 2016 ,Treccani.it.

¹¹ Marcello Clarich – "Commentario al Codice degli appalti" Edizione 2019 - Alberto Giovannini pag. 1279.

¹² Contratti pubblici. Il contratto di disponibilità. Stefano Fantini - Il Libro dell'anno del Diritto 2016 ,www.Treccani.it

eccezionali e dalla necessità, dettata dalla finalità di evitare intenti elusivi della regola generale del procedimento di appalto, che l'amministrazione valuti preventivamente la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie di realizzazione delle opere pubbliche; può dunque ritenersi ammissibile il ricorso alla vendita di cosa futura nei ristretti limiti in cui l'opera 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. Ancora più chiaramente, l'amministrazione è tenuta a valutare preventivamente la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie di realizzazione delle opere pubbliche, ed, ove ne verifichi la non praticabilità in relazione a specialissime, motivate e documentate esigenze di celerità, funzionalità ed economicità, potrà scegliere di acquisire l'immobile secondo il meccanismo della compravendita: in termini Cons. St., A.G., 17.2.2000, n. 2; Cons. St., Sez. sez. VI, 1.3.2005, n. 816, nonché Cass., S.U., 12.5.2008, n. 11656."

In questa sede ci si limita ad accennare che nel nuovo codice dei contratti, la formulazione della disciplina del contratto di disponibilità, data dall'art. 197 e dalla definizione contenuta nell'Allegato I.1 all'art. 2, appaiono più snelle ma, sostanzialmente, analoghe a quelle precedenti.

Tale tipologia contrattuale risulta collocata nella Parte IV del D.lgs 36/23 che disciplina il partenariato pubblico privato e non sembrano essere presenti elementi di novità tali da risolvere in modo originale e definitivo le succitate questioni ermeneutiche in merito alla natura giuridica di tale forma contrattuale.

4. L'oggetto del contratto di disponibilità. Le opere realizzabili.

Si è precedentemente anticipato che il tratto distintivo della fattispecie contrattuale in esame è data dall'aver per oggetto un'opera di proprietà privata che viene destinata all'esercizio di un pubblico servizio¹³.

La maggior parte delle altre tipologie di contratti riconducibili all'operazione economica di partenariato pubblico privato, infatti, insistono per lo più su opere di proprietà pubblica, eccezion fatta nel caso di contratto di locazione finanziaria nel quale il trasferimento della proprietà dell'opera avviene a seguito dell'esercizio da parte della pubblica amministrazione del diritto di riscatto.

Nel caso del contratto di disponibilità, la cui principale funzione perseguita dal soggetto pubblico, quando opti per l'uso di tale modello contrattuale, è la messa a disposizione da parte del privato di un determinato bene per poter usufruire di un pubblico servizio, l'acquisizione al patrimonio pubblico è configurato come una eventualità. Per quanto concerne l'oggetto del contratto, la formulazione del dettato normativo del previgente codice aveva fatto sorgere qualche dubbio interpretativo, in particolare con riferimento alla nozione di "pubblico servizio".

¹³ D. Lgs. n. 50/2016 art. 3 comma 1 lett. hhh) "contratto di disponibilità" il contratto mediante il quale sono affidate, a rischio e a spese 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 (...)".

Alcuni autori¹⁴ hanno rilevato come la norma non chiariva se detta nozione dovesse intendersi "in senso stretto", con la conseguenza potenziale di impedire la possibilità di ricorrere all'utilizzo di questa forma contrattuale per la realizzazione di un'opera non destina all'erogazione di un pubblico servizio. Tale incertezza, che si ripropone anche con il nuovo codice¹⁵, sorge in quanto la nozione di comunemente accolta dalla giurisprudenza e dalla dottrina di "pubblico servizio" fa riferimento ad attività destinate a rendere una utilità immediatamente percepibile al singolo o alla collettività che ne sopporta i costi direttamente mediante corresponsione di una apposita tariffa, escludendo che il "servizio pubblico" ricorra a fronte di prestazioni strumentali a far sì che un'amministrazione possa direttamente o indirettamente erogare una determinata attività.

Secondo tali autori sembra comunque preferibile una nozione "ampia" di pubblico servizio ossia come vero e proprio "compito della pubblica amministrazione" all'interno del quale convergono tutte le attività amministrative in quanto svolte "per il pubblico". In altre parole, qualsiasi attività sia imputabile all'amministrazione, va sempre vista come "servizio" reso a favore della collettività.

Questa posizione appare, infatti, maggiormente conforme alla *ratio* sottesa al modello di partenariato, a cui il contratto di disponibilità va

¹⁴ Marcello Clarich "Commentario al Codice degli appalti " Ediz. 2019 Alberto Giovannini pag. 1265; Avv. Alberto Fantini Dott.ssa Federica Nalli "Il contratto di disponibilità". Diritto bancario Approfondimenti, Diritto bancario .it

¹⁵ D.lgs 36/23 definizioni lett.i) "Contratto di disponibilità" il contratto col quale un operatore economico si obbliga verso un corrispettivo e con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio ,a compiere e a far godere all'amministrazione aggiudicatrice un'opera , destinata all'esercizio di un pubblico servizio".

ascritto, che postula che le opere realizzate mediante tale forma contrattuale rispondano ad interessi pubblici, genericamente intesi.

Alla stessa conclusione si perviene anche esaminando la relazione illustrativa allegata al già citato decreto "Cresci Italia" che ha introdotto il contratto di disponibilità nel nostro ordinamento; infine, a supporto della tesi che ritiene maggiormente fondato il significato estensivo delle nozione di servizio pubblico, si osservava che il legislatore, nel Capo II del codice dei contratti del 2016 dedicato alle concessioni utilizzava il concetto di opera pubblica inteso come di "pubblica utilità" estendendo così la destinazione d'uso di queste particolari forme contrattuali anche all'attività della pubblica amministrazione.¹⁶

Sempre con riferimento all'oggetto del contratto, dubbi sono sorti anche sulla possibilità di destinare aree demaniali a sedime per opere private realizzate in esecuzione del contratto di disponibilità.

Ciò, infatti, non sembra poter avvenire in quanto al termine del contratto, l'affidatario si troverebbe ad occupare un'area demaniale senza titolo.¹⁷

A tal proposito si deve fare riferimento alla determinazione del 22/058 2013 n. 4 dell'AVCP dove si afferma che *"Stante il carattere privato dell'opera, il contratto di disponibilità non possa riguardare opere demaniali o da realizzarsi sul demanio pubblico (omissis) mentre risulta compatibile con la realizzazione di aree immobiliari per collocarvi uffici pubblici, complessi direzionali, spazi espositivi, edilizia economica e popolare"*.¹⁸

¹⁶ Diritto Bancario - Approfondimenti gennaio 2014, dirittobancario.it Avv. Fantini, Dott.ssa Nalli Studio Legale Tonucci e partners.

¹⁷ Marcello Clarich "Commentario al Codice degli appalti" Ediz. 2019. Secondo tale autore si dovrebbe quindi ipotizzare l'acquisto del bene al patrimonio pubblico mediante accessione (art 934 cc).

¹⁸ Si veda la relazione illustrativa al D.L. 24/01/2012 n. 1.

È interessante precisare che, secondo alcuni autori ¹⁹, la posizione espressa dall'autorità di vigilanza appare troppo rigida. Essa si accorda con l'ipotesi base del contratto di disponibilità, quando cioè, non è prevista l'acquisizione dell'opera da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. Ma pone dei dubbi nei casi in cui essa possa configurarsi come leasing operativo traslativo. Secondo i sostenitori di tale posizione sarebbe, infatti, possibile prevedere sin dall'inizio il trasferimento della proprietà dell'opera al patrimonio pubblico, alla scadenza del contratto. Il comma 1 dell'art. 188 (D.lgs 50/2016) prevedeva infatti, espressamente, che la pubblica amministrazione potesse decidere già «in corso d'opera» di acquisire il bene alla scadenza del contratto, riconoscendo all'operatore privato un contributo, pur non superiore al cinquanta per cento del costo di costruzione dell'opera stessa. La previsione di una siffatta forma di corrispettivo, riprodotta nel nuovo articolo 197, comma 3 lett a,) può ben essere decisa dalla pubblica amministrazione, già in sede di redazione del bando di gara e di stipulazione del contratto. In questa maniera, viene meno la configurazione del versamento del contributo come esercizio, *in fieri*, del diritto di opzione e il contratto si verrebbe a connotare come, già *ab origine*, diretto all'acquisto della proprietà del bene, pur rimandando il momento dell'effettivo trasferimento ad un momento successivo. Infine, si può osservare come comunemente si ritenga che questa fattispecie contrattuale sia fondamentalmente diretta alla realizzazione di opere c.d. "fredde". Viene infatti precisato, ad esempio, dalla Corte dei conti, Sezione di controllo della Puglia (parere n. 66/2012) che "il contratto di disponibilità si presta ad essere utilizzato per la realizzazione di opere "fredde" cioè infrastrutture destinate all'utilizzazione diretta

¹⁹ Marcello Clarich – "Commentario al Codice degli appalti" Edizione 2019 - Alberto Giovanni.

dalla pubblica amministrazione per lo svolgimento di un pubblico servizio (ad es. uffici pubblici”).^{20 21}

Del resto, è proprio la caratteristica inizialmente ricordata di tale forma contrattuale, ovvero che l’opera è privata e l’ente pubblico si obbliga ad utilizzare l’opera e a pagare un canone per un certo numero di anni che evidenzia come il rischio mercato sia escluso, e che l’opera non debba essere caratterizzata da una intrinseca capacità di generare flussi di cassa attraverso ricavi da utenza per coprire i costi e remunerare il capitale investito.²²

5. Il corrispettivo dell’operatore privato.

Le principali caratteristiche della fattispecie contrattuale in esame sono riferite ad una forma di partenariato pubblico-privato con il quale si

²⁰ Si veda Azienditalia n. 12 del 2012 “Giurisprudenza in materia contabile” a cura di Giancarlo Astegiano.

²¹ Nell’ambito del Partenariato Pubblico Privato si individuano tre categorie di opere che si distinguono come segue:

-«opere calde»: con intrinseca capacità a generare flussi di cassa attraverso ricavi da utenza per coprire i costi di investimento e remunerare adeguatamente il capitale investito. Lo sono le opere in cui si prevede il pagamento di tariffe da parte dell’utente fruitore del servizio;

-«opere fredde»: che non prevedono flussi di cassa, non in grado di generare reddito in grado di ripagare gli investimenti fatti;

-«opere tiepide» (art. 180, c.2): pur avendo la capacità di generare reddito sono opere che non producono ricavi di utenza tali da ripagare interamente gli investimenti fatti e rendendo necessario un contributo pubblico per l’esecuzione.

²² Urbanistica e appalti, 2016, 8-9, 959 (commento alla normativa) “Locazione finanziaria, contratto di disponibilità e baratto amministrativo nel D.LGS. N. 50/2016”. Matteo Baldi.

risponde all'esigenza di disporre di un bene immobile, destinato ad un pubblico servizio, in perfetta efficienza per lunghi periodi di tempo, ma con il vincolo che l'opera, per la durata del contratto, sia di proprietà privata e che essa possa essere trasferita all'amministrazione al termine del periodo di disponibilità.

Giova a questo punto soffermarsi sulle forme di corrispettivo per l'operatore economico previste per il contratto di disponibilità.

In particolare, ai sensi dell'art. 197 del D.lgs. 36/23 (analogamente a quanto previsto dal precedente art. 188) l'affidatario è retribuito mediante corrispettivi quali:

- a) un canone di disponibilità, da versare soltanto in corrispondenza della effettiva disponibilità dell'opera. Si tratta quindi del corrispettivo per la messa a disposizione di un'opera perfettamente funzionante.

Il canone di disponibilità può essere proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o nulla disponibilità dell'opera per manutenzione, vizi, o altri motivi non rientranti tra i rischi a carico dell'amministrazione. Inoltre, è possibile prevedere un limite di riduzione del canone, superato il quale il contratto stesso è risolto.

Per definire il canone, la P.A. deve effettuare una puntuale analisi di tutte le spese previste quali i costi per la progettazione e costruzione e quelli per la manutenzione ordinaria e straordinaria.

Le principali voci di costo riguardano:

- il costo di realizzazione dell'opera;
- il costo della progettazione definitiva e/o esecutiva, qualora a base di gara sia posto un progetto di livello inferiore;
- gli oneri finanziari (interessi sul capitale prestato);
- gli oneri di preammortamento, relativi agli interessi sulle somme anticipate dal finanziatore al costruttore fino alla consegna definitiva dell'opera;

- le spese di manutenzione dell'immobile, eventualmente inserite all'interno di un servizio più ampio e articolato di facility management;
- il prezzo per il riscatto finale;
- gli oneri fiscali (ad esempio, l'IVA da aggiungere al canone di locazione);
- le altre spese amministrative e tecniche (ad esempio, spese notarili, commissioni bancarie, spese di istruttoria, spese assicurative, ecc.).

Anche l'aspetto finanziario non è da sottovalutare infatti vanno certamente considerati parametri dell'operazione finanziaria quali:

- la scelta in ordine al tasso di interesse, fisso o variabile;
- lo spread che il soggetto finanziatore applicherà sui tassi di mercato di riferimento (IRS per il fisso o Euribor per il variabile); – la durata dell'operazione (numero delle rate);
- la periodicità dei canoni (mensile, bimestrale, semestrale, ecc.);
- la possibilità di switch del tasso di interesse (ad esempio, da variabile a fisso)

L'art 197 (analogamente alla precedente disposizione) prevede inoltre:

- l'eventuale riconoscimento di un contributo in corso d'opera comunque non superiore al 50 per cento del valore del costo di costruzione, in caso di trasferimento dell'opera; va precisato che tale limite percentuale deriva dalle condizioni elaborate dall'Eurostat nel 2004 ("Treatment of public-private partnership" riguardante il trattamento contabile, nei conti nazionali, dei contratti sottoscritti dalla PA nell'ambito del PPP con particolare riferimento al loro impatto sul bilancio pubblico) affinché un investimento possa considerarsi "off balance".

- un prezzo di trasferimento parametrato ai canoni già versati e al valore di mercato residuo dell'opera da corrispondere al termine del contratto, sempre in caso di trasferimento della proprietà.

In merito alle ultime due ipotesi, in cui è considerato il trasferimento della proprietà dell'opera alla pubblica amministrazione, la dottrina ha rilevato alcune difficoltà interpretative²³ con particolare riferimento alla relazione esistente tra le due modalità retributive e all'individuazione del momento traslativo della proprietà.

Con riferimento alle previsioni del precedente codice, che si ribadisce sono sostanzialmente analoghe nel contenuto a quelle attualmente vigenti, analizzando la norma alcuni autori concludono che alle lettere B) e C) dell'art 188 venissero delineate due modalità distinte di trasferimento del bene. In sintesi, alla lettera B) si prevedeva che l'amministrazione potesse decidere di corrispondere un contributo in corso d'opera che, dove fosse pari al 50 % del valore del bene (o inferiore, ove i canoni successivi ne esaurissero il valore), avrebbe comportato il trasferimento della proprietà in capo all'amministrazione stessa al momento della consegna e del collaudo del bene²⁴; alla lettera c) si prevedeva che il trasferimento avvenisse solo se al termine del contratto la Pubblica Amministrazione avesse deciso di esercitare il diritto di riscatto pagando il prezzo del bene, calcolato in relazione al contributo eventualmente già corrisposto, ai canoni versati e al valore residuo del bene stesso. La proprietà si sarebbe solo al momento dell'esercizio del diritto di opzione.

²³ Per un approfondimento si veda Marcello Clarich "Commentario al Codice degli appalti ediz. 2019" - Giovannini pag. 1279 .

²⁴ Si segnala che dalla determinazione AVCP (ANAC) n. 4 del 22/05/2013 emerge che nel caso in cui intervenga da parte della PA un contributo in corso d'opera piuttosto consistente ,l'acquisto dell'opera non risulterebbe più una opzione bensì un vero proprio obbligo da parte dell'amministrazione aggiudicatrice.

Appare quindi interessante evidenziare che nel nuovo codice (all'art. 197) si prevede, similmente a quanto contenuto nell'art 188 ex D. Lgs. n.50/2016, che il corrispettivo del contratto di disponibilità si componga di un canone di disponibilità, commisurato all'effettivo periodo in cui l'operatore economico ha garantito il godimento dell'opera alla Pubblica Amministrazione e che, quando sia convenuto il trasferimento della proprietà dell'opera all'ente concedente, il corrispettivo si componga anche di un eventuale contributo in corso d'opera, non superiore al 50% del costo di costruzione e di un prezzo da pagare al termine del contratto determinato in relazione al valore di mercato residuo dell'opera, tenuto conto dell'importo già versato a titolo di canone di disponibilità e di eventuale contributo in corso d'opera.

Si può osservare come anche nel nuovo codice, venga prevista un'ipotesi "base" di contratto di disponibilità, nella quale la proprietà del bene, rimane in capo al privato.

La formulazione dell'art 197, tuttavia, non riproduce pedissequamente quella prevista all'art 188.

Analizzando la nuova versione si può evidenziare come il caso di trasferimento della proprietà sia ancora una eventualità (la locuzione "quando è convenuto" implica che detto trasferimento possa anche non essere convenuto) ma la lettera della norma preveda che il corrispettivo per tale trasferimento sia composto da un "eventuale" contributo (lett.a) e da un prezzo di trasferimento (lett.b) che tenga conto, tra l'altro, dell'eventuale contributo versato.

Alla luce dei quesiti ermeneutici posti in precedenza, si potrebbe evidenziare che il carattere di "eventualità" viene ora riservato solo alla contribuzione pubblica, come a dire che sempre debba essere pattuito un prezzo di trasferimento da pagare al termine del contratto (determinato nel modo specificato) e che quindi, quest'ultima modalità di retribuzione

sia quella "standard". Solo la presenza del contributo pubblico sarebbe un fatto "eventuale".

Da una tale lettura della nuova norma, dunque, non sembrerebbe possibile sostenere la coesistenza di due modalità differenti di trasferimento della proprietà ma di una sola, ovvero tramite pagamento di un prezzo finale, quindi, al momento dell'esercizio del riscatto. Dell'eventuale contributo pubblico dovrebbe tenersi conto nella determinazione del prezzo, di cui costituirebbe una componente eventuale.

Alla luce della nuova formulazione alcuni dubbi interpretativi potrebbero, pertanto, trovare una risposta differente in quanto la modalità traslativa della proprietà risulterebbe solo una (al momento del pagamento del prezzo commisurato al valore residuo del bene alla fine del contratto) e in quanto la lettera a) e b) del comma 3 dell'art. 197 indicherebbero solo la possibile configurazione del corrispettivo finale.

Tuttavia, appare più fondato ritenere che il termine "eventuale" stia ad indicare che il contributo in corso d'opera possa essere pattuito oppure no, ma qualora vi sia tale pattuizione, si realizzi la stessa ipotesi prevista precedentemente dall'ex lett. b) dell'art 188 D. Lgs. n. 50/2016 e che possa essere anche concordato un prezzo finale il quale, evidentemente, nella sua quantificazione, deve tenere conto anche del contributo già erogato.

In altre parole, si tratterebbe solo di un cambiamento nell' enunciato normativo apportato per esigenze di semplificazione e maggior chiarezza espositiva, ma che non modificherebbe, nella sostanza il contenuto della precedente disposizione, con la conseguenza di riproporre i medesimi dubbi interpretativi.

6. I rischi nel contratto di disponibilità.

Si è già detto che il contratto di disponibilità è ascrivibile alla fattispecie del partenariato pubblico privato. Come già evidenziato esso si distingue dall'appalto per la diversa allocazione dei rischi²⁵. Dunque, anche per quanto attiene a tale tipologia contrattuale è necessario fare attenzione alla corretta attribuzione degli stessi ed in particolare dei rischi di costruzione e disponibilità.

Le opere da realizzabili mediante questa forma negoziale sono classificabili come opere fredde", pertanto non si può parlare, in questo caso, di "rischio di domanda". Il nucleo centrale dell'operazione è caratterizzato dal fatto che il rischio di mercato viene escluso in quanto l'ente pubblico si impegna ad utilizzare l'opera realizzata verso il pagamento di un canone per un certo numero di anni. Pertanto, il privato assume unicamente il rischio costruttivo e il rischio disponibilità.

Il rischio di disponibilità risiede nella capacità dell'affidatario di erogare le prestazioni convenute nel contratto sia per volume che per standard di qualità, di conseguenza, al fine di un congruo trasferimento del rischio è necessario che il pagamento del canone sia correlato all'effettivo grado di disponibilità garantita dal privato²⁶.

Nel precedente codice si evidenzia che già la definizione data dall'art 3 comma 1 lett. hhh) del contratto di disponibilità prevedeva che la

²⁵ Per una precisa definizione dei rischi e della loro corretta allocazione si deve fare riferimento alla delibera AVCP n.9 "Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sulle attività dell'operatore economico nei contratti di PPP" del 2018 approvate con Deliberazione 28/03/2018 n. 318.

²⁶ Urbanistica e appalti, 2016, 8-9, 959 (commento alla normativa) "Locazione finanziaria, contratto di disponibilità e baratto amministrativo nel D.LGS. N. 50/2016". Matteo Baldi.

costruzione e la messa disposizione della PA avvenissero "a rischio e a spese del privato" .

Nel nuovo codice la regolamentazione dell'allocazione dei rischi è contenuta ai commi 4 e 5 dell'art. 197 i quali prevedono che, se non è diversamente convenuto, sia allocato in capo all'amministrazione il rischio afferente al mancato ottenimento di atti di autorizzazione / abilitazione, relativi alla fase esecutiva dell'opera, ovvero al suo compimento e alla sua gestione e in capo all'operatore economico di contro , l'alea relativa agli atti abilitativi /autorizzatori relativi al momento progettuale , ivi comprese eventuali varianti.

Si tratta di disposizioni che sembrano iscriversi coerentemente nell'alveo del contratto e della natura delle prestazioni gravanti in capo all'operatore economico, relative alla fase progettuale.

Il legislatore, quindi, ha preferito non riprodurre la norma contenuta al comma 5 del precedente art. 188 trattandosi di *munera* naturalmente "connotanti" il contratto di disponibilità, fattispecie negoziale rientrante nel più ampio *genus* dei contratti di PPP, ove giustappunto "alla parte privata spetta il compito di realizzare gestire il progetto mentre a quella pubblica di definire gli obiettivi e verificarne l'attuazione (art. 174, comma 1 lett. c).²⁷

Il comma 7 disciplina l'allocazione dell'alea rinveniente da oneri derivanti da *factum principis* stabilendo che "*Il contratto determina i modi di attribuzione alle parti degli eventuali oneri sopravvenuti, incidenti sul corrispettivo pattuito per il compimento e la gestione dell'opera, derivanti da disposizioni normative o da provvedimenti dell'autorità.*"

Dalle disposizioni normative in materia, comunque, emerge che l'autonomia contrattuale riconosciuta alle parti consente ad esse di

²⁷ Si veda la Relazione al nuovo codice.

disciplinare il loro rapporto nel modo più consono alle loro esigenze, fermo restando che il rischio costruzione e il rischio disponibilità deve restare in capo all'operatore economico.

Di tutto ciò dovrà tenersi conto nella redazione del contratto che dovrà contenere specifiche clausole che diano attuazione alle suddette previsioni normative, al fine di garantire la corretta allocazione dei rischi, e che prevedano meccanismi di decurtazione del canone di disponibilità o di applicazioni di penali in caso di mancato rispetto degli obblighi contrattuali.

Al contrario, qualora vengano, ad esempio, previsti pagamenti costanti al privato da parte della Pubblica Amministrazione indipendentemente dal volume e dalla qualità dei servizi erogati, il rischio di disponibilità non risulta correttamente allocato; così come quando il soggetto pubblico corrisponda quanto stabilito nel contratto indipendentemente dalla verifica dell'effettivo avanzamento dei lavori o ripiani ogni costo aggiuntivo emerso quale che sia la causa si verifica l'assunzione del rischio di costruzione in capo al soggetto pubblico stesso.²⁸

Per quanto attiene al potere di controllo va anche evidenziato che il comma 6 dell'art 188 del precedente codice prevedeva che detto potere di controllo e verifica dell'attività del soggetto privato venisse "recuperato" dalla pubblica amministrazione in fase di collaudo, potendo, in tale momento, proporre modificazioni, varianti rifacimenti di lavori eseguiti ovvero riduzioni del canone di disponibilità, in caso di accertata diminuita fruibilità dell'opera²⁹. Si ricorda che con il collaudo viene verificata la

²⁸ Azienditalia, 2013,3,227 "Il contratto di disponibilità nella interpretazione della magistratura contabile" di Pollini Massimo.

²⁹ Delibera AVCP n. 4 del 22/05/2013 .

rispondenza dell'opera al capitolato prestazionale che fissa le caratteristiche funzionali e tecniche che l'opera deve assicurare e non la conformità dell'opera al progetto, come avviene generalmente per il collaudo di opere pubbliche.

A tal proposito si osserva che il "nuovo" art. 197 non disciplina in modo così dettagliato la fase del collaudo e del controllo da parte della Pubblica Amministrazione. Anzi, il termine "collaudo" nemmeno appare nella nuova norma.

La disposizione in questione si limita a prevedere il diritto, da parte dell'ente concedente, nei modi previsti dal contratto (le cui modalità di attuazione sono, quindi, rimesse all'autonomia delle parti), di controllare lo svolgimento dei lavori e di verificare, prima della consegna, l'opera compiuta, eventualmente proponendo le necessarie modifiche o varianti che non alterino però le caratteristiche dell'opera come da capitolato prestazionale.

La norma, quindi, prevede un generico potere di controllo che può essere dettagliato contrattualmente, da svolgersi non solo in fase di collaudo alla consegna dell'opera, come invece precedentemente previsto.

Anche il nuovo comma 6, riferito alle varianti in corso d'opera, prevede semplicemente che queste siano comunicate dall'operatore economico all'ente concedente al fine di consentire a quest'ultimo di opporvisi, rivelando anche in questo caso la volontà del legislatore di semplificare la disciplina tale fattispecie contrattuale.

L'art. 197 delinea, infatti, solo i tratti essenziali del contratto di disponibilità: ciò è confermato dalla previsione del comma 1 che fa riferimento all'autonomia delle parti, da esercitarsi anche con l'ausilio di bandi tipo redatti da ANAC al fine di garantire un maggior grado di

omogeneità e qualità per il tramite della codificazione dei modelli di “*best practices*” nella predisposizione di bandi e contratti.

7. Il contratto di disponibilità. Un caso di insuccesso.

Dopo aver delineato rapidamente i tratti essenziali del contratto di disponibilità ed evidenziato che questa forma contrattuale viene riproposta nel nuovo codice degli appalti, sebbene con una formulazione leggermente differente e semplificata, non può non osservarsi come detto contratto non abbia avuto, in concreto, molta fortuna, data la scarsissima diffusione sul territorio nazionale, nonostante sia stato definito come “la forma più matura tra i contratto di partenariato pubblico privato prevista dal D.Lgs. n. 50/2016.”

Il contratto di disponibilità può, a ben vedere, essere identificato come “un caso di insuccesso”, sebbene appaia diretto a consentire all’amministrazione pubblica di acquisire la disponibilità di immobili di proprietà privata da destinare ad un pubblico servizio, adeguati alle proprie esigenze, a seguito di un’unica procedura di gara di progettazione, realizzazione, manutenzione dell’opera e rimanendo libera di acquisire o meno la proprietà dell’immobile oggetto del contratto e sebbene tale strumento consenta, almeno potenzialmente, di soddisfare le esigenze della collettività amministrata mediante uso di capitali privati (attese le carenze di risorse che costantemente affliggono le Pubbliche Amministrazioni).

A tal proposito, molto interessante si rivela un’indagine svolta dalla Corte dei Conti - Sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, ed esplicita con Deliberazione del 20/07/2020 n. 7/202/G, che ha cercato di indagare sulle possibili ragioni

dello scarso ricorso da parte della Pubblica Amministrazione di tale istituto contrattuale, evidenziandone problematiche e criticità e tenendone presenti i potenziali aspetti positivi negativi.

La Corte dei conti ha svolto un'istruttoria diretta a richiedere ai Ministeri e ai corrispondenti uffici centrali di bilancio della Ragioneria Generale dello Stato di illustrare e quantificare il ricorso al contratto di disponibilità e riportare problematiche e criticità. Analoga richiesta è stata presentata alle principali associazioni rappresentative delle autonomie locali. È stata svolta anche una ricerca su web volta a ricercare bandi e avvisi di amministrazioni pubbliche riguardanti la fattispecie contrattuali in esame; ulteriore ricerca è stata volta sui siti di ANAC per acquisire provvedimenti dalla stessa adottati in relazione alla fattispecie contrattuale considerata. È risultato un utilizzo scarsissimo dello strumento.³⁰

Risulta, infatti, da tale studio che, con riferimento alle autonomie territoriali, coinvolte nell'indagine solo per un utile confronto tra le esperienze dei diversi livelli istituzionali, con la sola eccezione del Comune di Brescia, tutti gli Enti locali che hanno dato riscontro alla richiesta istruttoria hanno comunicato di non aver mai fatto uso del contratto di disponibilità, senza fornire alcuna spiegazione in ordine alle ragioni alla base del mancato utilizzo dello stesso e all'eventuale utilizzo di strumenti contrattuali alternativi.

La ricerca svolta sul web ha consentito di reperire un limitato numero di atti riferiti al contratto di disponibilità posti in essere dall'Unione di Comuni Valdera (PI) e di Pratola Serra (AV) per edifici scolastici; dalla

³⁰ Deliberazione Corte dei Conti 20/07/2020 n. 7/202/G pag. 30. Solo il Comune di Brescia tra le amministrazioni non statali ha risposto all'indagine affermando di aver fatto uso di tale strumento e non aver rilevato alcuna criticità particolare ma di non averlo più utilizzato non avendo avuto più la necessità di acquisire immobili di una certa consistenza.

Provincia di Bergamo (stazione unica appaltante), dalla Unione di Comuni Valdichiana (SI), dal Comune di Macerata (ente capofila di una centrale unica di committenza) e dal Comune di Zogno (BG) per centri sportivi; dalla società di trasporto pubblico locale Mobilità di Marca di Treviso per un'area funzionale al servizio di trasporto; dall'ASL di Viterbo per una struttura sanitaria (uffici e ambulatori); dal Comune di San Giorgio di Pesaro (PU) per colombario cimiteriale e per efficientamento energetico e pubblica illuminazione.

Non sono state rinvenute sentenze riferite in modo specifico al contratto di disponibilità. Sono stati, invece, rinvenuti i già citati pareri sul contratto di disponibilità resi ad Amministrazioni locali, prima dell'entrata in vigore dell'attuale Codice dei contratti pubblici, da più Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti.

L'ANAC, come già riportato in precedenza, si è occupata del contratto di disponibilità con la determinazione 22 maggio 2013, n. 4 ("linee guida sulle operazioni di leasing finanziario e sul contratto di disponibilità") e il parere 23 gennaio 2015, n. 27/14.

Come affermato dalla Corte dei Conti, nello studio in esame appare logico dedurre come lo scarso uso del contratto di disponibilità vada senz'altro ricollegato allo scarso uso delle diverse forme di partenariato pubblico privato; molte analisi evidenziano che i potenziali vantaggi derivanti dall'utilizzo di queste forme contrattuali spesso non si realizzano anche per mancanza di formazione e supporto alle amministrazioni le quali potrebbero, invece, esserne interessate qualora l'utilizzo di tali strumenti non risultasse così complesso.

A conferma di ciò dallo studio svolto dalla Corte dei Conti emerge che le amministrazioni non hanno fornito alcuna particolare spiegazione in ordine al mancato utilizzo di tale forma contrattuale. Di regola non viene attuato ciò che non si conosce in modo sufficientemente approfondito ed

è noto che l'utilizzo delle forme contrattuali, rientranti nello schema del partenariato pubblico privato richiedono un complesso di capacità manageriali e conoscenze tecniche, giuridiche ed economiche che spesso la PA e soprattutto gli enti locali, faticano a mettere in campo

Il fatto che tale strumento contrattuale appaia conveniente solo per opere di una certa entità che richiedono un preventivo e approfondito studio di fattibilità economico finanziaria, la predisposizione di un adeguato capitolato prestazionale, capacità di programmazione a medio lungo termine e di far operare in sinergia differenti professionalità, confermano la suddetta considerazione.

Come anche evidenziato dalle conclusioni svolte dalla Corte dei Conti, un problema può essere dato dal fatto che le opere realizzabili sono qualificabili come opere fredde³¹ e che non possano riguardare opere demaniali o realizzarsi su demanio pubblico (strade, porti, cimiteri).

Ma anche quando si individui un'opera realizzabile (ad esempio uffici pubblici) si può dubitare che una amministrazione pubblica ritenga opportuno il permanere della stessa, alla fine del contratto, in proprietà del soggetto privato stabilendo, *ab origine*, di esercitarvi un pubblico servizio per un periodo determinato di tempo (sebbene molto lungo) e venendosi, successivamente, a trovare nella necessità di individuare un'altra soluzione. I casi in cui si possa manifestare una simile esigenza indubbiamente possono sussistere ma, come la pratica insegna, appaiono limitati. Si può obiettare che è sempre possibile pattuire il trasferimento

³¹ Si vedano le interessanti osservazioni di Alberto Giovannini in Clarich "Commentario al Codice dei contratti" Ediz. 2019 pag. 1266 secondo il quale, in ragione della riconosciuta autonomia contrattuale in capo alla PA sarebbe sempre possibile che all'affidatario del contratto di disponibilità sia affidata anche una concessione di servizi per cui il privato verrebbe ad essere il gestore del servizio pubblico al cui esercizio il bene immobile è destinato, tante l'autonomia negoziale di cui gode la Pubblica amministrazione.

della proprietà del bene immobile, versando l'eventuale contributo³² o pagando il relativo prezzo, dato dal valore residuo dell'immobile. Ma non sfugge ai più la difficoltà di prevedere in modo sufficientemente attendibile tale valore residuo, (ricordiamo che i progetti di tali opere devono essere correlati di un Piano Economico Finanziario da cui deve desumersi la sostenibilità finanziaria e la convenienza economica dell'opera stessa), difficoltà legata alla complessità di effettuare previsioni sufficientemente attendibili in merito agli accadimenti futuri, in un lasso di tempo ampio come quello considerato in questa tipologia di contratti.

Ovviamente, come emerge dalla ricerca effettuata dalla Corte dei Conti, non può escludersi che tale tipologia di contratto possa trovare dei casi di felice applicazione, ma, data la scarsità di casi concreti, sembra che si possa arrivare alla conclusione che sono (anche) le caratteristiche stesse del contratto di disponibilità a decretarne la ragioni del suo insuccesso.

In breve :

- tipologia di immobili oggetto del contratto di disponibilità;
- lunga durata del contratto stesso;
- proprietà privata del bene che può essere mantenuta tale, alla fine del contratto; eventuale acquisto con pagamento di un prezzo commisurato al valore residuo del bene, valore di entità difficile da prevedere nel lungo termine, che espone comunque la PA a dei rischi imprevedibili (si pensi ai recenti accadimenti internazionali o eventi pandemici) difficili da valutare preventivamente.

³²Si ricorda che secondo ANAC il versamento di un contributo consistente comporterebbe per la P.A. l'obbligo di acquisto. Verrebbe, quindi, meno uno degli aspetti positivi dell'utilizzo di tale forma contrattuale data dalla facoltà di decidere se acquisire o meno l'immobile al termine del contratto.

Si ribadisce, pertanto, che sono le caratteristiche tipiche di tale forma negoziale che giocano contro una larga diffusione di tale strumento, soprattutto con riferimento alla maggior parte degli enti locali che essendo di piccole dimensioni, patiscono la scarsa dotazione di risorse umane e (come naturale conseguenza) delle professionalità necessarie ad affrontare le complessità che questi strumenti negoziali presentano. Nonostante gli scarsi risultati, la persistente riproposizione di tale forma negoziale evidenzia come il legislatore non abbia ritenuto di privare la Pubblica Amministrazione di uno strumento comunque considerato utile al perseguimento di finalità pubbliche mediante forme di collaborazione con il privato, come si evince dal fatto che anche nel nuovo codice tale forma contrattuale viene riproposta ,con una modalità che appare semplificata, con l'evidente tentativo – il tempo dirà se riuscito o meno - di contribuire a superarne criticità e scetticismi e di facilitarne la diffusione.

Bibliografia

Articoli su riviste scientifiche

- Azienditalia, 2013,3, pag.227 "Il contratto di disponibilità nella interpretazione della magistratura contabile".
- Azienditalia 2012,12 pag. 862 "Giurisprudenza in materia contabile a cura di Giancarlo Astegiano "Il contratto di disponibilità incide sull'indebitamento degli enti locali?".
- Diritto Bancario - Approfondimenti gennaio 2014 ,dirittobancario.it Avv .Fantini, Dott.ssa Nalli Studio Legale Tonucci e parterns .
- Urbanistica e appalti, 2016, 8-9, 959 (commento alla normativa) "Locazione finanziaria, contratto di disponibilità e baratto amministrativo nel D.LGS. N. 50/2016". Baldi.
- Treccani.it. "Contratti pubblici: Il contratto disponibilità". Stefano Fantini - Il Libro dell'anno del Diritto 2016.

Volumi

- "Commentario al codice dei contratti" a cura di Marcello Clarich Giappichelli Editore -Ed 2019.
- "Il regime dei contratti esclusi e il partenariato pubblico privato. Guida operativa al D.lgs 18 aprile 2016, n. 50" .Vincenzo Giannotti, Marco Panato, Nicola Sperotto, Ipsoa- 2016 Ed.1 Cap. 23 "Il contratto di disponibilità" pag. 205 e ss

- “La nuova disciplina dei contratti pubblici. Commento al Codice e agli allegati approvati con D. Lgs 31/03/23 n. 36”, L. Ponzzone, Neldiritto Editore.