



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

All' Anas S.p.a.

AG 27/14

23/01/2015

Oggetto: Anas S.p.A. - completamento/adeguamento dell'itinerario dell'E78 Grosseto Fano – quesito in ordine alla possibilità di ricorrere al contratto di disponibilità per l'affidamento della realizzazione e gestione dell'opera

In esito a quanto richiesto con note prot. n. 49093 del 24 aprile 2014 e 89806 del 11 agosto 2014, si comunica che il Consiglio - nella seduta del 22 dicembre 2014 - ha approvato le seguenti considerazioni.

Nelle citate note, Anas S.p.A. domanda l'avviso dell'Autorità circa la possibilità di ricorrere al contratto di disponibilità (art. 3, comma 15-*bis*¹ e art. 160-*ter* del Codice dei contratti pubblici) per l'affidamento da parte di una società pubblica di progetto, costituita dalla stessa Anas e dalle regioni Toscana, Umbria, Marche, dei lavori di completamento/adeguamento dell'itinerario E78 Grosseto-Fano.

La complessa operazione rappresentata da Anas si strutturerebbe secondo le seguenti fasi:

- costituzione ai sensi dell'art. 172 del Codice dei contratti di una società di progetto partecipata per il 55% da Anas, già concessionaria ex lege dell'attuale infrastruttura demaniale su cui insiste l'intervento, e per il restante 45 % dalle regioni interessate;
- affidamento tramite procedura ad evidenza pubblica da parte della società di progetto dei lavori di completamento/adeguamento e della gestione dell'itinerario E78 Grosseto-Fano secondo il modulo del contratto di disponibilità;
- riconsegna ad Anas dell'infrastruttura alla scadenza del contratto di disponibilità (che dovrebbe coincidere con la durata della società di progetto).

Secondo il disegno delineato dall'Anas, i rischi propri del concessionario ex lege dell'infrastruttura, a seguito della sub-concessione, sarebbero ripartiti tra società di progetto, su cui ricadrebbe il rischio di domanda (trattandosi di infrastruttura a pedaggio), e affidatario- contraente del contratto disponibilità, su cui ricadrebbero il rischio di costruzione e il rischio di disponibilità.

¹ Il «contratto di disponibilità» è il contratto mediante 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



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Un ostacolo alla definizione dell'operazione secondo le descritte modalità è rappresentato dalle considerazioni svolte dall'Autorità nella determinazione n. 4 del 22 maggio 2013 circa i limiti all'utilizzo del contratto di disponibilità in caso di opere demaniali o da realizzarsi sul demanio pubblico. Nella specie l'Autorità ha ritenuto che il carattere privato dell'opera escluda la possibilità che il contratto di disponibilità riguardi opere demaniali o da realizzarsi sul demanio pubblico (ad esempio, strade, cimiteri, porti carceri), «mentre risulta compatibile con la realizzazione di aree immobiliari per collocarvi uffici pubblici, complessi direzionali, spazi espositivi, edilizia economica e popolare».

Consapevole che l'infrastruttura oggetto del progetto – in quanto facente parte del demanio cd. accidentale (art. 822, comma 2, c.c.) - non può essere ceduta a terzi in assenza di una norma di legge, Anas invita l'Autorità a valutare se quanto osservato nella determinazione n. 4/2013 possa essere superato dalla circostanza per cui le aree di sedime demaniale su cui dovrebbe realizzarsi l'intervento sono già in concessione ad ANAS in virtù di una norma di legge e diventerebbero oggetto di subconcessione all'affidatario del contratto di disponibilità: ciò comporterebbe la titolarità, in capo all'affidatario, di un diritto di natura non tipicamente reale, ma avente portata concessoria nei confronti dell'opera realizzata. Ovviamente, al termine del contratto, l'acquisizione dell'infrastruttura sarebbe necessaria (e non già facoltativa come nel contratto di disponibilità), data la natura dei beni e la loro non fungibilità a corrispondere ad interessi diversi da quelli pubblici, propri dei beni appartenenti al demanio stradale.

La risposta al quesito richiede una preliminare sintetica ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento.

Anas S.p.A. è una società per azioni derivante dalla trasformazione dell'Ente nazionale per le strade – Anas (art. 7² del decreto legge 8 luglio 2002, n. 138) cui sono stati conferiti in regime di concessione i compiti - già attribuiti in via diretta all'Ente Anas - di cui all'art. 2, comma 1, lettere da a) a g), ed l) del decreto legislativo 26 febbraio 1994 n. 143, tra cui sono annoverati la gestione, la manutenzione ordinaria e straordinaria delle strade e delle autostrade di proprietà dello Stato, il progressivo miglioramento ed adeguamento della rete delle strade e delle autostrade statali e della relativa segnaletica e la costruzione di nuove strade statali e nuove autostrade, sia direttamente che in concessione.

La disciplina della concessione è demandata dal comma 3 dell'art. 7 del d.l. 138/2002 ad una convenzione che, tra l'altro, dovrebbe prevedere le modalità, ivi compreso il ricorso a contratti di concessione a terzi da parte di Anas, per la gestione, manutenzione, miglioramento ed adeguamento delle strade ed autostrade statali e per la costruzione di nuove strade ed autostrade statali.

² Comma 1: «In attuazione delle disposizioni contenute nel capo III del titolo III della legge 28 dicembre 2001, n. 448, e per assicurare l'urgente realizzazione degli obiettivi ivi previsti, l'Ente nazionale per le strade ANAS è trasformato in società per azioni con la denominazione di: «ANAS Società per azioni - anche ANAS» con effetto dalla data dell'assemblea di cui al comma 7»



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

La rete autostradale e stradale nazionale, su cui insiste l'attività di Anas, rientra, secondo la definizione codicistica, tra i beni del demanio pubblico (art. 822, comma 2, c.c.) ed è pertanto inalienabile e non può formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge (art. 823, comma 1, c.c.). L'art. 76 della legge 27 dicembre 2002 n. 289 (finanziaria 2003) ne aveva previsto il trasferimento allo stato patrimoniale di Anas, da perfezionare con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, a regime giuridico immutato. Ovvero, era espressamente previsto che il trasferimento non avrebbe modificato il regime giuridico delineato dagli artt. 823 e 829, comma 1, c.c. dei beni trasferiti. La disposizione è stata successivamente abrogata dal decreto legge 30 settembre 2005 n. 203 lasciando inalterata la collocazione della rete stradale e autostradale statale nel bilancio dello Stato oltre che, ovviamente, il regime giuridico di bene demaniale. La demanialità del bene determina la sua non commerciabilità, ossia l'impossibilità di essere oggetto di negozi giuridici di diritto privato e di essere usucapito. La *ratio* di un simile regime è rintracciabile nella particolare rilevanza riconosciuta a certi tipologie di beni sia in ragione del loro utilizzo da parte della collettività sia della loro strumentalità rispetto allo svolgimento di essenziali funzioni pubbliche.

Con particolare riferimento alla rete stradale e autostradale, si evidenzia che la proposta di legge delega per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici - elaborata al culmine di un dibattito svoltosi negli ultimi anni incentrato su una nuova concezione di bene pubblico in un'ottica oggettiva e funzionale - colloca strade e autostrade tra i beni ad appartenenza pubblica necessaria, definiti come beni che soddisfano interessi generali fondamentali, la cui cura discende dalle prerogative dello Stato e degli enti pubblici territoriali, per i quali è prevista una disciplina addirittura rinforzata rispetto a quella attualmente vigente per i beni demaniali.

Il contratto di disponibilità, a cui Anas intenderebbe ricorrere per i lavori di completamento/adeguamento dell'itinerario E78 Grosseto-Fano, è l'ultima, in senso temporale, delle forme di partenariato pubblico - privato introdotta nell'ordinamento dal legislatore nazionale. Secondo la definizione fornita dal Codice dei contratti pubblici, si qualifica come il contratto con cui vengono affidate, a rischio e a spesa dell'affidatario, la costruzione e la messa a disposizione dell'amministrazione aggiudicatrice di un'opera di *proprietà privata* destinata all'esercizio di un pubblico servizio, a fronte di un corrispettivo (art. 3, comma 15-ter). Per messa a disposizione, s'intende 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 la perfetta manutenzione e la risoluzione di tutti gli eventuali vizi, anche sopravvenuti.

L'allocazione dei rischi, nel rispetto dei parametri comunitari, vede l'assunzione da parte dell'affidatario del rischio di costruzione e del rischio della gestione tecnica dell'opera per il periodo di messa a disposizione dell'amministrazione aggiudicatrice (art. 160-ter, comma 2, Codice dei contratti).

Si tratta, come evidenziato dall'Autorità nella determinazione n. 4/2013, di uno strumento innovativo e flessibile che richiede all'Amministrazione la sola individuazione delle caratteristiche prestazionali/funzionali dell'opera - il capitolato prestazionale a base di gara - lasciando al privato la



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

facoltà di stabilire, nell'ambito della piena esplicazione delle proprie capacità progettuali, le specifiche modalità realizzative. Oggetto della gara può essere considerata l'esigenza dell'amministrazione, che deve pertanto essere puntualmente descritta nella documentazione di gara. Conseguentemente, in sede di collaudo, l'amministrazione non verifica la rispondenza dell'opera al progetto (redatto, in tutti i suoi livelli, dall'affidatario), come avviene in generale per le opere pubbliche, bensì la rispondenza della stessa al capitolato prestazionale, ovvero l'idoneità dell'opera ad essere strumentale all'erogazione del servizio pubblico nel rispetto degli standard prefissati (art. 160-ter, comma 6).

L'amministrazione corrisponde all'affidatario un canone disponibilità commisurato all'effettivo livello di fruibilità dell'opera di modo che nei periodi di ridotta o nulla disponibilità anche il canone viene ridotto o annullato (art. 160-ter, comma 1). Il comma 6 dell'art 160-ter prevede, in particolare, che il contratto individui il limite di riduzione del canone oltre il quale il contratto è risolto. La disposizione, oltre a tutelare, come espressamente previsto dalla norma stessa, i soggetti finanziatori, è posta a tutela anche dell'amministrazione «che si troverebbe a dover offrire un servizio pubblico senza avere a disposizione le strutture adeguate al suo svolgimento» (determinazione n. 4/2013). La risoluzione, che può intervenire sia in sede di collaudo che durante la successiva fase di gestione tecnica, così come disciplinata dal comma 6 dell'art.160-ter, rappresenta dunque una garanzia per l'amministrazione che è posta nelle condizioni di stabilire il limite minimo accettabile di fruibilità dell'opera e quindi di svincolarsi, oltre che da un contraente inadempiente, anche da un'opera che non si è dimostrata adeguata allo scopo.

In ogni caso l'acquisto della proprietà dell'opera da parte dell'Amministrazione al termine del contratto è soltanto eventuale. In questa ipotesi, all'affidatario può essere corrisposto, oltre al canone di disponibilità, un contributo in corso d'opera, non superiore al cinquanta per cento del costo di costruzione dell'opera, e un prezzo di trasferimento parametrato al valore di mercato residuo al termine del contratto (art. 160-ter, comma 1, lettere a) e b)).

L'insieme delle richiamate disposizioni, che compongono la disciplina del contratto di disponibilità, contribuiscono a delineare uno strumento negoziale estremamente duttile con il quale l'amministrazione, per il tramite di procedure ad evidenza pubblica, promuove la realizzazione di un'opera privata (e che salvo diverso avviso dell'amministrazione rimane tale) gravata da un vincolo di destinazione allo svolgimento di un servizio pubblico, di cui si assicura la disponibilità per un certo lasso temporale avendo garantito dal privato proprietario il mantenimento dei livelli di funzionalità pattuiti.

Alla luce di quanto sin qui richiamato emerge che caratteristica peculiare del contratto di disponibilità, così come disciplinato dal Codice dei contratti, che lo differenzia dalle altre forme di partenariato pubblico-privato (con l'eccezione della locazione finanziaria), è la proprietà privata dell'opera realizzata. Indicativa in questo senso appare anche l'analisi effettuata dalla Corte dei conti in alcune deliberazioni delle sezioni regionali con riferimento all'assoggettabilità ai vincoli del patto di stabilità delle somme corrisposte all'affidatario del contratto di disponibilità, laddove viene affermato che, mentre l'opera può



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

essere contabilizzata fuori bilancio, la somma impegnata a titolo di canone per la disponibilità dell'opera incide sui saldi rilevanti ai fini del calcolo del rispetto del patto di stabilità e deve essere iscritta tra le spese correnti come "utilizzo di beni di terzi" (Corte dei conti, sezione regionale di controllo per l'Emilia Romagna, deliberazione n. 432/2012/PAR).

L'insieme di queste considerazioni ha indotto l'Autorità ad escludere che il contratto di disponibilità possa riguardare opere demaniali o da realizzarsi sul demanio pubblico e a ritenere, per contro, che possa essere utilmente impiegato per la realizzazione di aree immobiliari (uffici pubblici, complessi direzionali, aree espositive, ecc) (determinazione n. 4/2013).

Una simile posizione non si ritiene possa considerarsi superata dalla circostanza che l'area demaniale sia oggetto di concessione ad Anas e che quindi l'affidatario del contratto di disponibilità, benché non proprietario, sia titolare di un diritto avente portata concessoria.

La concessione ad Anas non incide sulla natura demaniale del bene; la natura demaniale del bene esclude che l'area (e l'opera) possano considerarsi di proprietà di "terzi", in difformità a quanto risulta essere uno dei tratti distintivi del contratto di disponibilità così come disciplinato dal Codice dei contratti.

Nella sostanza, l'ipotesi negoziale prospettata da codesta Società non corrisponde al modello di contratto di disponibilità tipizzato dal legislatore.

Esemplificando, la circostanza che l'affidatario non sia proprietario ma mero concessionario priva di efficacia l'eventuale risoluzione del contratto di disponibilità giacché l'opera continua comunque a permanere nel demanio dello Stato (benché si sia rivelata non adeguata allo scopo) e priva l'amministrazione della possibilità di scegliere di non acquisire l'opera al termine del contratto. In pratica, neutralizza gli strumenti negoziali messi dal legislatore a disposizione dell'amministrazione per circoscrivere il proprio impegno contrattuale nei limiti in cui l'opera sia rispondente alle caratteristiche prestazionali prestabilite, in quanto si tratta di strumenti che a loro volta presuppongono che l'opera sia di proprietà del privato affidatario.

Raffaele Cantone