

Il contratto di disponibilità

di Roberto Gallia

Sommario: 1. Premessa. - 2. Il contratto di disponibilità. - 3. A mo' di esempio. - 4. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

La revisione della spesa pubblica (la c.d. *spending review*), riducendo le risorse finanziarie destinate alle infrastrutture, ha compreso ulteriormente la capacità delle Amministrazioni locali di offrire un livello adeguato di servizi pubblici dedicati alle famiglie e alle imprese.

Le crescenti difficoltà possono essere attenuate applicando a regime le verifiche ed i controlli sul buon uso delle risorse finanziarie disponibili, come già visto in precedenza¹. Tuttavia, solo perseguendo nuove strade è possibile mantenere livelli essenziali di prestazioni.

A tal fine vogliamo illustrare uno strumento, il contratto di disponibilità, che, pur introdotto da tempo nel nostro ordinamento, non risulta ancora metabolizzato nell'apparato culturale e professionale dei tecnici e degli amministratori, né correntemente utilizzato nella gestione dei contratti pubblici, nonostante abbia già dimostrato di essere in grado di consentire un adeguato mantenimento delle dotazioni infrastrutturali con il ricorso a procedure di evidenza pubblica per sollecitare formule di partenariato pubblico-privato fondate non su fittizie rendite finanziarie bensì sulle opportunità delle imprese di fornire direttamente servizi di interesse pubblico.

¹ R. Gallia, *Il «come spendere» nella revisione della spesa pubblica*, relazione al Seminario SVIMEZ del 15 marzo 2013, in questa «Rivista», n. 1-2/2013, pp. 149-162.

2. Il contratto di disponibilità

Fra la pluralità di innovazioni apportate nel corso dell'anno 2012 al Codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163), con l'art. 44 del decreto-legge n. 1/2012 in materia di concorrenza e competitività², è stato inserito l'istituto del contratto di disponibilità, così definito (art. 3 Codice dei contratti pubblici):

15-*bis*. 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.

La procedura è disciplinata dal successivo art. 160-*ter*; il quale prevede, in particolare, che l'affidatario del contratto, che assume il rischio della costruzione e della gestione tecnica dell'opera, verrà compensato con un canone di disponibilità (sul quale si torna più avanti) per tutto il periodo di messa a disposizione dell'amministrazione aggiudicatrice.

Questa nuova tipologia contrattuale fa riferimento, tuttavia, ad un procedimento di fatto già presente nell'ordinamento, in quanto coincide sostanzialmente con quanto già realizzabile a seguito della circolare del Presidente del Consiglio dei Ministri 27 marzo 2009³, che chiarisce le modalità di comunicazione dei dati contabili necessari al fine di verificare il rispetto del Patto di stabilità nelle operazioni di partenariato pubblico-privato (PPP), riferite prevalentemente alla realizzazione di infrastrutture definite «opere di "forte interesse pubblico" (scuole, ospedali, carceri, ecc.)» per le quali la pubblica amministrazione risulti «acquirente principale» dei servizi, indipendentemente dall'eventuale contributo di terzi utilizzatori.

² Decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, «Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività», convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27 (in S.O. n. 53 alla G.U. n. 71 del 24 marzo 2012).

³ Presidenza del Consiglio dei Ministri, circolare 27 marzo 2009 «Criteri per la comunicazione di informazioni relative al partenariato pubblico-privato ai sensi dell'art. 44, comma 1-*bis*, del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248 convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 28 febbraio 2008, n. 31», in G.U. n. 84 del 10 aprile 2009.

In particolare la circolare specifica che, ai sensi della decisione EUROSTAT 11 febbraio 2004, l'investimento necessario per realizzare una infrastruttura non è considerato spesa pubblica (e quindi esula dai vincoli del patto di stabilità) quando con il contratto partenariale l'impresa privata assuma a proprio carico il «rischio di costruzione» e, alternativamente, o il «rischio di disponibilità» ovvero il «rischio di mercato»; rischi dei quali fornisce le relative definizioni.

Approfondimenti in merito alle categorie di rischio.

Il rischio costruzione riguarda eventi connessi alla fase progettuale e di realizzazione dell'infrastruttura quali, ad esempio, ritardata consegna, mancato rispetto di *standard* predeterminati, costi aggiuntivi di importo rilevante, deficienze tecniche, esternalità negative, compreso il rischio ambientale. L'assunzione del rischio da parte del privato implica che non siano ammessi pagamenti pubblici non correlati alle condizioni prestabilite per la costruzione dell'opera. L'eventualità che il soggetto pubblico corrisponda quanto stabilito nel contratto indipendentemente dalla verifica dello stato di avanzamento effettivo della realizzazione dell'infrastruttura o ripiani ogni costo aggiuntivo emerso, quale ne sia la causa, comporta, invece, l'assunzione del rischio costruzione da parte del soggetto pubblico.

Il rischio disponibilità attiene alla fase operativa ed è connesso ad una scadente o insufficiente gestione dell'opera pubblica, a seguito della quale la quantità e/o la qualità del servizio reso risultano inferiori ai livelli previsti nell'accordo contrattuale. Tale rischio si può ritenere in capo al privato se i pagamenti pubblici sono correlati all'effettivo ottenimento del servizio reso – così come pattuito nel disposto contrattuale – e il soggetto pubblico ha il diritto di ridurre i propri pagamenti, nel caso in cui i parametri prestabiliti di prestazione (sia per quanto riguarda la disponibilità dell'infrastruttura, sia per quanto riguarda i servizi erogati) non vengano raggiunti. La previsione di pagamenti costanti, indipendentemente dal volume e dalla qualità di servizi erogati, implica, viceversa, una assunzione del rischio di disponibilità da parte del soggetto pubblico.

Esempio: nel caso di realizzazione di uffici pubblici, tribunali, istituti penitenziari, etc., ad uso esclusivo della pubblica amministrazione, in cui al privato che progetta, realizza e gestisce l'infrastruttura viene corrisposto un canone per la disponibilità in piena efficienza della struttura stessa e per la gestione dei servizi correlati (ordinaria e straordinaria manutenzione, guardiana, gestione delle reti, gestione archivi, pulizia, gestione parcheggio, etc.), il rischio di disponibilità si può considerare trasferito al privato qualora contrattualmente sia prevista l'applicazione automatica di penali che incidono sul canone corrisposto dal soggetto pubblico sia nel caso di indisponibilità completa o parziale della struttura, sia di erogazione di servizi non corrispondenti agli *standard* contrattuali.

Il rischio domanda è connesso alla variabilità della domanda non dipendente dalla qualità del servizio prestato; ci si riferisce a quello che può definirsi normale rischio economico assunto da un'azienda in un'economia di mercato. Il rischio di domanda si considera assunto dal soggetto privato nel caso in cui i pagamenti pubblici sono correlati all'effettiva quantità domandata per quel servizio dall'utenza. Il rischio di domanda, viceversa, si considera allocato al soggetto pubblico nel caso di pagamenti garantiti anche per prestazioni non erogate. In altre parole si presume che il soggetto pubblico assuma il rischio di domanda laddove sia obbligato ad assicurare un determinato livello di pagamenti al partner privato

indipendentemente dall'effettivo livello di domanda espressa dall'utente finale, rendendo così irrilevanti le fluttuazioni del livello di domanda rispetto alla redditività dell'operazione per il privato. Esempio: nel caso di realizzazione di strade non pedaggiate in cui al privato, che progetta, costruisce e gestisce l'infrastruttura, vengono corrisposti pagamenti pubblici (tariffe ombra) in funzione del passaggio degli autoveicoli, il rischio domanda può considerarsi trasferito al privato nel caso in cui detti pagamenti siano correlati agli effettivi passaggi degli autoveicoli, rilevati elettronicamente.

In merito agli aspetti normativi e procedurali che caratterizzano il contratto di disponibilità, così come definiti dall'art. 163-ter del Codice dei contratti pubblici, occorre evidenziare le modalità di pagamento, da parte della stazione appaltante, del corrispettivo riconosciuto al contraente (affidatario della realizzazione e gestione dell'infrastruttura); corrispettivo composto da una parte obbligatoria (un canone da versare per tutto il periodo di disponibilità dell'opera, soggetto a decurtazione nei periodi di ridotta o nulla disponibilità) e due parti eventuali (un contributo in corso d'opera, non superiore al 50% del costo di costruzione, conseguente all'eventuale trasferimento della proprietà all'Amministrazione; un prezzo per il trasferimento della proprietà alla fine del contratto). Queste due ultime componenti, che è possibile ma non obbligatorio prevedere, sono legate alla valorizzazione immobiliare dell'opera e potrebbero distogliere l'attenzione dal definire con precisione – come vedremo più oltre – gli aspetti gestionali del servizio da fornire.

Ai fini dell'inquadramento contabile del contratto di disponibilità, avendo rispettato il requisito indispensabile della corretta allocazione dei rischi, le spese relative all'investimento, nella parte che restano a carico della stazione appaltante e nei limiti precedentemente ricordati, possono essere contabilizzate fuori bilancio, mentre il canone di disponibilità incide sui saldi rilevanti ai fini del calcolo del rispetto del patto di stabilità e deve essere iscritto fra le spese correnti quale «utilizzo di beni di terzi»; come ha già avuto modo di rilevare la Corte dei conti con alcune specifiche deliberazioni delle sezioni regionali (Emilia Romagna 432/2012; Puglia 66/2012; Lombardia 439/2012).

L'aspetto contabile, in assenza di specifici obblighi di verifica della compatibilità del livello di debito da assumere, richiede che l'Amministrazione affidante si responsabilizzi sia in merito alla solvibilità nei contratti di lungo periodo, in quanto la garanzia della puntualità dei pagamenti risulta indispensabile per consentire la bancabilità del contratto, sia in merito al ricorso al contratto di

disponibilità per realizzare vantaggiosamente servizi obbligatori, da realizzare e/o sostitutivi di servizi già in atto, evitando un mero ribaltamento della spesa sui bilanci futuri.

In merito alla procedura per la scelta dell'affidatario (come disciplinata dal c. 3 dell'art. 160-ter), le esperienze già realizzate (ed illustrate di seguito) consentono di sottolineare la necessità di produrre, tra i documenti posti a base di gara, anche:

- il «piano economico e finanziario», che individui – tra l'altro – la durata del contratto, i costi in fase di costruzione dell'opera e in fase di gestione del servizio, il rimborso del debito, gli eventuali ricavi, gli oneri a carico della stazione appaltante in conto prezzo e/o in conto gestione;

- il «capitolato tecnico prestazionale», che definisca le specifiche qualitative e quantitative sia dell'opera da realizzare sia del servizio da prestare;

- la «bozza di contratto», che definisca i reciproci impegni fra parte pubblica e parte privata, a partire dalla ripartizione dei rischi.

3. *A mo' di esempio*

Quale esempio di buona pratica può essere richiamato il contratto per la gestione dell'impianto di illuminazione pubblica del comune di Guidonia Montecelio⁴, il terzo comune del Lazio per dimensione demografica.

Nel 2007, anno nel quale è stata indetta la gara di progettazione, l'impianto di pubblica illuminazione, realizzato a partire dalla prima metà del secolo scorso e di dimensione rilevante (oltre 8 mila punti luce e oltre 180 quadri), risultava inadeguato soprattutto dal punto di vista dei requisiti di sicurezza, presentando un notevole livello di rischio per incidenti causabili da eventi prevedibili quali il dissesto dei pali o fenomeni di dispersione dell'energia. L'intenzione dell'Amministrazione di intervenire rapidamente per adeguare l'impianto, anche per mettersi al riparo dalle prevedibili responsabilità penali e civili, trovava ostacolo nella dimensione economica dell'intervento (stimata dall'Ufficio tecnico in circa 12 milioni di euro), non reperibile né nelle disponibilità del bilancio

⁴ Chi scrive queste note ha partecipato a questa esperienza in qualità di responsabile del gruppo di progettazione, e ha già avuto modo di illustrarla all'interno del volume: R. Gallia, *Progetto economico e finanziario*, II ed., Legislazione Tecnica Editrice, Roma, 2011, pp. 251-254.

comunale, neanche tramite ricorso all'indebitamento, né tramite contributi regionali, acquisibili in misura notevolmente insufficiente rispetto all'impegno da assumere. Pertanto la strada tradizionale dell'appalto risultava del tutto preclusa.

Nel tentativo di pervenire ad una concessione di costruzione e gestione (secondo le regole in vigore nel periodo) che affidasse al concessionario l'esecuzione delle opere di adeguamento e di efficientamento dell'impianto, nonostante l'eventuale proposta da mettere in gara fosse ritenuta impossibile piuttosto che improbabile, l'Amministrazione comunale decide di affidare la progettazione tramite una procedura di evidenza pubblica, con l'obiettivo di sollecitare l'emergere di adeguate professionalità.

Il gruppo multidisciplinare dei professionisti incaricati, tramite una certossina indagine sia sugli aspetti tecnici degli impianti (al plurale) sia sugli aspetti gestionali e contrattuali, arriva a ricostruire il costo annuo che l'Amministrazione già sosteneva per la gestione del servizio, attuata da una pluralità di centri di spesa che operavano con procedure diversificate, rendendo di fatto impossibile il controllo di gestione e la verifica della spesa.

Tramite un ulteriore approfondimento, si arriva a determinare gli obiettivi di efficienza conseguibili in termini energetici, tecnici ed amministrativi, e a quantificare i relativi risparmi economici conseguibili; obiettivi che vengono messi in gara, dopo aver definito i rischi che rimangono a carico dell'Amministrazione (in particolare, la volatilità dei costi energetici) e la durata del contratto (definita in funzione dell'ammortamento degli oneri finanziari).

A gara esperita, l'Amministrazione comunale sottoscrive il contratto di concessione impegnandosi per venti anni a corrispondere un canone di disponibilità, legato alla quantità (ore di illuminazione) e qualità (livello di illuminamento) del servizio ricevuto, comprensivo dell'ammortamento dell'intero costo di costruzione che rimane a carico del concessionario. Risulta, nel caso specifico, che l'importo del canone comporta un incremento in misura inferiore al 20% dell'importo (accertato in fase di progetto) che l'Amministrazione già spendeva mediamente ogni anno per la gestione dell'impianto.

Oltre all'evidente vantaggio economico (nessuna spesa in conto capitale, un incremento contenuto della spesa gestionale annua), l'Amministrazione ottiene un significativo beneficio anche nel concentrare la propria gestione amministrativa in un unico centro di spesa e in un unico centro di controllo tecnico, che oltre a ridurre i costi di funzionamento della macchina comunale consente anche

di conseguire l'efficienza del controllo contabile, amministrativo e gestionale.

Volendo citare un caso di studio, visto l'emergere di tensioni abitative determinate da esigenze diverse da quelle tradizionalmente affrontate con gli interventi di edilizia sovvenzionata ed agevolata, appare utile citare un ipotetico intervento di *housing sociale*⁵ legato all'uso del demanio pubblico di aree edificabili realizzato dai Comuni a seguito delle cessioni conseguenti ai procedimenti urbanistici di perequazione e compensazione.

Il demanio pubblico di immobili (aree e fabbricati) potrebbe essere valorizzato, a seguito di una procedura di evidenza pubblica, tramite la costruzione di residenze da parte di imprese che ne assumano l'onere di gestione, da affittare a soggetti individuati dall'Amministrazione comunale, la quale assuma l'onere di coprire la differenza fra il canone corrisposto dall'utilizzatore, determinato secondo le regole dell'edilizia residenziale pubblica, e l'importo contrattuale del canone di disponibilità, individuato dal progetto economico e finanziario e posto a base di gara (insieme agli ulteriori elementi).

I vantaggi per l'Amministrazione, oltre a risolvere dinamicamente una emergenza sociale e porre a reddito un bene economico (area edificabile e/o edificio), sono individuabili in:

- definire con certezza i costi da sostenere per il servizio di assistenza alloggiativa;
- limitare le proprie responsabilità all'individuazione degli utenti (rischio di mercato), attribuendo al concessionario la responsabilità della realizzazione (rischio di costruzione) e gestione (rischio di disponibilità) degli immobili;
- concentrare la gestione del servizio di assistenza alloggiativa in un unico centro di spesa e in un unico centro di controllo tecnico, riducendo i costi di funzionamento della macchina comunale e conseguendo l'efficienza del controllo contabile, amministrativo e gestionale.

I vantaggi per l'Impresa, oltre a conseguire un duplice utile per la fase di costruzione e per la fase di gestione, sono individuabili in:

- limitare le proprie responsabilità ai compiti imprenditoriali della realizzazione (rischio di costruzione) e della gestione (rischio di disponibilità), avendo l'Amministrazione assunto l'onere di

⁵ Più ampiamente illustrato in *op. cit.*, pp. 217-223.

rendere disponibile l'area e i relativi permessi (rischio amministrativo), di individuare gli utilizzatori e integrare i canoni (rischio di mercato);

– aprire nuove aree di attività imprenditoriale, individuando servizi da prestare direttamente all'utente finale al di fuori ed oltre i livelli essenziali di prestazione (LEP) richiesti dal servizio pubblico e definiti contrattualmente.

Questo ultimo concetto (riferito alla prestazione di servizi aggiuntivi e/o innovativi) potrebbe risultare di non immediata comprensione, nelle sue ricadute operative. Nel tentativo di chiarirlo si propone un ulteriore caso di studio, riferito alla realizzazione di un asilo nido.

L'asilo nido è un servizio per la prima infanzia, sicuramente rivolto alle famiglie, ma anche alle imprese, perché rende disponibile l'accesso al mercato del lavoro della componente femminile (alla quale, nella nostra società, è delegata l'assistenza familiare); come già individuato dal QSN 2007-2013 che lo ha inserito fra gli «obiettivi di servizio»⁶, ai quali è attribuito «un ruolo centrale alla produzione ed alla promozione di servizi collettivi ed essenziali per la qualità della vita dei cittadini e la convenienza delle imprese ad investire».

L'asilo nido, rivolto alla generalità dell'utenza e non ad una sua specifica componente (come risulta nel caso delle c.d. scuole paritarie), a seguito di una procedura di evidenza pubblica può essere realizzato e gestito da un privato, concessionario dell'Amministrazione comunale, la quale mantiene la competenza di individuare gli utilizzatori e i loro livelli di compartecipazione tariffaria.

L'interesse del privato a realizzare l'infrastruttura (oltre a conseguire l'eventuale valorizzazione di un immobile di proprietà – edificio o terreno che sia – e ad avviare una attività imprenditoriale) è individuabile nel non dover assumere il rischio amministrativo (permessi e quant'altro) e il rischio di mercato (i posti sono coperti dagli utilizzatori indicati dal Comune; i ricavi sono definiti in contratto).

L'interesse della PA risiede nel non assumere il rischio di costruzione (se i costi aumentano e/o il servizio ritarda ad entrare in esercizio) e il rischio di disponibilità (qualità e quantità del servizio erogato), oltre all'innovazione organizzativa legata ad un controllo unitario da parte di un unico centro di spesa sulla spesa pubblica dedicata all'assistenza sociale (integrazione delle rette fino

⁶ Cfr. R. Gallia, *La geografia dei divari*, in questa «Rivista», n. 4/2008, pp. 1131-1150.

a copertura dei costi, previa verifica dei livelli di servizio prestato) altrimenti dispersa in mille rivoli (realizzazione, gestione, forniture, ecc.) difficilmente riconducibili al medesimo obiettivo.

L'interesse delle famiglie risiede sicuramente nell'estensione dell'accesso al livello essenziale di prestazione che l'Amministrazione comunale può garantire con l'incremento dei posti disponibili per il servizio di assistenza alla prima infanzia, del quale rimane garante della disponibilità (qualità e quantità del servizio erogato); ma risiede anche nella possibilità di fruire di servizi collaterali e/o aggiuntivi (quali il prolungamento di orario, la disponibilità festiva, la possibilità di organizzare feste di compleanno, ecc.) che il concessionario privato (ovvero, affidatario del servizio) può fornire oltre a rispettare i livelli essenziali della prestazione stabiliti in convenzione, integrandoli con gli stessi.

L'asilo nido può essere sostituito da una casa dello studente, una residenza sanitaria assistita, ecc., da qualsivoglia altro servizio pubblico, ma le considerazioni rimangono uguali.

4. *Considerazioni conclusive*

Prima di addentrarci nel delineare possibili scenari di iniziativa, è bene sottolineare che la consapevole acquisizione di almeno due innovazioni disciplinari risulta propedeutica a qualsivoglia attività pratica si possa mettere in campo per pervenire ad un contratto di disponibilità.

La prima innovazione è relativa alla nozione di «infrastruttura» pubblica o di interesse pubblico alla quale dobbiamo fare riferimento. La promulgazione del Codice dei contratti pubblici (decreto legislativo n. 163/2006) ha fatto perdere i propri distinti confini sia alla nozione di opera pubblica sia alla nozione di servizio pubblico, per rifondersi ed unificarsi nella nozione di infrastruttura pubblica; nozione definita con precisione dal d.m. 26 novembre 2010⁷ che, nel dettare disposizioni in materia di perequazione infrastrutturale, dichiara che:

per infrastrutture si intendono i beni strumentali dotati della prevalente finalità di fornitura di servizi collettivi, a domanda individuale o aggregata rivolti alle fami-

⁷ Decreto ministeriale 26 novembre 2010, «Disposizioni in materia di perequazione infrastrutturale, ai sensi dell'art. 22 della legge 5 maggio 2009, n. 42», in *G.U.* n. 75 del 1° aprile 2011.

glie e alle imprese, ricadenti nei settori individuati dall'art. 1 [*strutture sanitarie, assistenziali, scolastiche; la rete stradale, autostradale e ferroviaria; la rete fognaria, la rete idrica, elettrica e di trasporto e distribuzione del gas; le strutture portuali ed aeroportuali; nonché i servizi afferenti al trasporto pubblico locale e il collegamento con le isole*], indipendentemente dalla natura proprietaria dei soggetti titolari dei diritti reali su tali beni.

Ne discende che le infrastrutture, pubbliche o di interesse pubblico, devono essere programmate/realizzate/mantenute/gestite con il preciso obiettivo di fornire servizi alle famiglie e alle imprese; quindi, ad esempio, dobbiamo riferirci a strade e ponti non più pensando ad opere sovrane dell'ingegneria civile bensì al servizio di accessibilità e/o di mobilità che andiamo a realizzare, ricercando un interesse pubblico ancorato non più alla mera proprietà pubblica dell'infrastruttura bensì alla finalità del servizio realizzato.

La seconda innovazione è relativa all'evoluzione in atto, nella pianificazione urbanistica comunale, della nozione di «standard urbanistico» (ovvero la superficie delle aree individuate per la realizzazione di verde e servizi) verso la nuova definizione di «dotazione infrastrutturale» (ovvero i servizi realizzati e le aree verdi attrezzate). Normalmente la destinazione di un'area a verde e servizi (standard urbanistico) costituisce vincolo preordinato all'esproprio, con un limite temporale alla sua validità, determinando l'anomalia della legge urbanistica nazionale (legge n. 1150/1942) che attribuisce un tempo indeterminato per l'attuazione delle previsioni edificatorie stabilite dal piano comunale, mentre le destinazioni a standard urbanistici sono soggette al limite temporale dei vincoli di natura espropriativa. Tuttavia non tutte le destinazioni di pubblico interesse definite dalla pianificazione urbanistica costituiscono vincolo preordinato all'esproprio. La Corte costituzionale, che è intervenuta più volte in merito all'anomalia della legge urbanistica nazionale, con la sentenza 179/1999 ha dichiarato che la destinazione di un'area a «costruzioni pubbliche d'importanza locale» non costituisce un «vincolo di natura espropriativa» (della proprietà privata) bensì un «vincolo di natura conformativa» (della proprietà privata) alle previsioni di piano nel perseguire interessi pubblici, e quindi non soggetto a decadenza, in quanto non sono annoverabili tra i vincoli a contenuto «sostanzialmente espropriativo» le destinazioni urbanistiche realizzabili attraverso l'iniziativa privata in un contesto di libero mercato. In attuazione dei principi espressi dalla giurisprudenza costituzionale, il Consiglio di Stato ha dichiarato di natura conformativa e, quindi, con validità a tempo indeterminato, le previsioni di piano che destinano aree a «parcheggi» (Sezione IV, sentenza 4951/2011), a «attrez-

zature ricreative, sportive, e a verde pubblico» (Sezione IV, sentenza 244/2012), a «verde pubblico-verde urbano» (Sezione V, sentenza 2116/2012), a «verde privato» (Sezione IV, sentenza 2919/2012). Ne discende che l'acquisizione e la disponibilità pubblica di aree da destinare a standard urbanistici, argomento di riferimento delle politiche urbane basate sul riconoscimento di incrementi volumetrici per rendere praticabili ipotesi di perequazione urbanistica e di accordi pubblico-privati (ipotesi rese ormai obsolete dalla saturazione quantitativa del mercato immobiliare), può lasciare il campo a un governo della città fondato sulla ricerca di una qualità urbana finalizzata non solo alla riqualificazione (funzionale, estetica, ambientale, energetica, ecc.) del costruito ma anche al conseguimento di uno standard più elevato (sia quantitativamente che qualitativamente) della «dotazione infrastrutturale» che determina la qualità della vita dei residenti e l'appetibilità del territorio per lo sviluppo di impresa.

Se l'obiettivo delle politiche urbane diventa, come appena illustrato, il conseguimento di uno standard più elevato (sia quantitativamente che qualitativamente) della dotazione infrastrutturale del territorio, realizzabile tramite la fornitura di servizi collettivi, a domanda individuale o aggregata rivolti alle famiglie e alle imprese, indipendentemente dalla natura proprietaria della relativa infrastruttura fisica, risulta di tutta evidenza come l'attuazione possa avvenire tramite il prevalente ricorso all'istituto del contratto di disponibilità.

L'obiettivo prioritario del contratto di disponibilità, di realizzare opere di «forte interesse pubblico» tramite un investimento che non rientri nelle categorie della spesa pubblica soggette ai vincoli del patto di stabilità, differenzia notevolmente questo istituto dalle altre tipologie di partenariato pubblico-privato, che privilegiano gli aspetti della sostenibilità economico-finanziaria del progetto e della redditività potenziale dell'investimento, ai quali ancorare il merito di credito del concessionario.

Nella realizzazione di una infrastruttura di forte interesse pubblico, o (se si preferisce) di prevalente interesse sociale, in assenza di una aspettativa di rendita finanziaria dell'investimento, l'equilibrio dei conti economici può essere garantito dal contributo pubblico in conto prezzo e/o in conto gestione; contributo che non costituisce «aiuto di Stato» e quindi esula dall'applicazione delle norme in materia di concorrenza tese ad evitare distorsioni ingiustificate del mercato⁸.

⁸ I rapporti tra la spesa pubblica per le infrastrutture e gli aiuti di Stato alle imprese necessitano di una rinnovata attenzione a seguito della sentenza del 19 dicembre 2012

Per quanto riguarda l'edilizia abitativa, il d.m. Infrastrutture 22 aprile 2008⁹ ha provveduto a stabilire la definizione di «alloggio sociale» ai fini dell'esenzione dell'obbligo di notifica degli aiuti di Stato. Per le restanti categorie di servizi sociali è opportuno fare riferimento alla decisione comunitaria 2012/21/UE in materia di compensazioni degli obblighi di servizio pubblico¹⁰ concesse alle imprese incaricate della gestione di «servizi di interesse economico generale» (SIEG); la quale stabilisce che non si configurano quale aiuto di Stato i pagamenti da parte della PA a copertura integrale o parziale dei costi specifici relativi agli obblighi del servizio pubblico sostenuti da imprese operanti anche nel settore dei servizi «rispondenti ad esigenze sociali in materia di assistenza sanitaria, assistenza di lunga durata, servizi per l'infanzia, accesso e reintegrazione nel mercato del lavoro, edilizia sociale e assistenza e inclusione sociale di gruppi vulnerabili».

A questo punto, verificato come il quadro di riferimento normativo risulti sufficientemente chiaro ed esauriente, possiamo addentrarci nel tentativo di delineare possibili scenari di iniziativa, che debbono obbligatoriamente partire dall'individuazione del servizio da produrre e dalle motivazioni che sostengono la decisione di procedere alla sua realizzazione.

La sede idonea per assumere le decisioni appare l'approvazione del programma triennale dei contratti pubblici, troppe volte inteso quale mero adempimento burocratico ed al quale occorre restituire la dignità di espressione di scelte politiche ed amministrative, assunte in piena responsabilità sulla base di una analisi dei fabbisogni empiricamente fondata. Troppe volte con il termine generico di «finanza di progetto» troviamo inserite idee progettuali non definite e per le quali manca la copertura finanziaria, nella improbabile ipotesi che si faccia avanti un promotore privato che

della Corte europea nella causa C-288/11P relativa ai contributi pubblici che la Repubblica federale di Germania intendeva concedere all'aeroporto di Lipsia-Halle per la costruzione di una nuova pista e delle relative infrastrutture aeroportuali. La Corte ha definito quale attività economica la realizzazione della pista e la gestione dei relativi servizi aeroportuali, per cui i finanziamenti concessi e/o concedibili costituiscono aiuto di Stato (sito EUR-LEX, all'indirizzo eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62011CJ0288:IT:HTML).

⁹ Ministero delle infrastrutture, decreto 22 aprile 2008, «Definizione di alloggio sociale ai fini dell'esenzione dall'obbligo di notifica degli aiuti di Stato, ai sensi degli articoli 87 e 88 del Trattato istitutivo della Comunità europea», in *G.U.* n. 146 del 24 giugno 2008.

¹⁰ Decisione della Commissione del 20 dicembre 2011 riguardante l'applicazione delle disposizioni dell'art. 106, paragrafo 2, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale (2012/21/UE), in *G.U.U.E.* n. L/7 dell'11 gennaio 2012.

trovi il proprio compenso nel rendimento finanziario della gestione dell'opera (l'esperienza della gestione dei servizi idrici ci dovrebbe pur aver insegnato qualcosa¹¹). Al contrario bisogna partire, come dice la norma (art. 128 Codice contratti pubblici, già art. 14 della legge «Merloni» 109/1994), dalla predisposizione del programma triennale quale «*momento attuativo di studi di fattibilità e di identificazione e quantificazione dei propri bisogni*», prevedendo un «ordine di priorità» da rispettare nel dare attuazione agli investimenti. È vero che il d.m. Infrastrutture 11 novembre 2011¹², nel definire gli schemi-tipo per la redazione del programma triennale e dell'elenco annuale, privilegia l'evidenza dei dati contabili, ma questo non esime i tecnici che predispongono il programma e gli amministratori che lo approvano dall'operare scelte consapevoli.

Nel decidere di indicare il ricorso al contratto di disponibilità per la realizzazione di un investimento infrastrutturale, è bene tenere presente che le ipotesi di trasferimento in proprietà all'Amministrazione appaltante dell'infrastruttura fisica da realizzare rispondono alle consuete logiche dell'investimento programmato per conseguire un valore immobiliare, che, come visto nella descrizione precedente, non è strettamente connaturata ai servizi pubblici realizzabili con il ricorso al medesimo contratto di disponibilità. Nell'elaborare il progetto, da porre in gara, è bene tener presente che le opportunità di un'impresa immobiliare seguono logiche molto diverse da quelle che determinano le opportunità delle imprese che realizzano e prestano servizi.

In particolare risulta indispensabile che il progetto definisca la «valutazione di opportunità» di procedere all'investimento, in relazione all'obiettivo che si vuole conseguire e la procedura che si vuole attuare (a chi serve questo servizio?, quale *target* si vuole conseguire?, l'infrastruttura progettata è idonea a conseguire il risultato?, esiste un'eventuale alternativa più efficace?, ecc.) e verifichi la «fattibilità» non solo della realizzazione (autorizzazioni, costi, tempi, ecc.) ma anche e soprattutto della gestione (oneri per

¹¹ Cfr. R. Gallia, *Il governo integrato del suolo e delle acque. Elementi per una riflessione*, in questa «Rivista», n. 2/2010, pp. 497-519.

¹² Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, decreto 11 novembre 2011 «Procedura e schemi-tipo per la redazione e la pubblicazione del programma triennale, dei suoi aggiornamenti annuali e dell'elenco annuale dei lavori pubblici e per la redazione e la pubblicazione del programma annuale per l'acquisizione di beni e servizi ai sensi dell'art. 128 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e successive modificazioni e degli artt. 13 e 271 del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207», in *G.U.*, n. 55 del 6 marzo 2012.

il rimborso del debito, gestione del personale, forniture, gestione degli utilizzatori, ecc.). Ovviamente l'accurata predisposizione degli elaborati, in particolare i tre specifici dei quali si è detto in precedenza (PEF, capitolato, contratto), con una precisa individuazione della ripartizione dei rischi, mette l'Amministrazione (stazione appaltante) in condizione di sollecitare l'iniziativa privata in un corretto rapporto partenariale nel prestare servizi alle famiglie e alle imprese nell'interesse pubblico.

È compito dei tecnici e degli amministratori una oculata attenzione alle nuove strade che possono essere percorse, realizzando risparmi senza comprimere i livelli delle prestazioni, ed evitando l'immobilismo con l'alibi della scarsità delle risorse finanziarie.