



**REPUBBLICA ITALIANA**  
**LA CORTE DEI CONTI**  
**IN**  
**SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA**  
**LOMBARDIA**

composta dai magistrati:

dott. Nicola Mastropasqua	Presidente
dott. Giuseppe Roberto Mario Zola	Consigliere
dott. Gianluca Braghò	Primo Referendario
dott. Alessandro Napoli	Referendario
dott.ssa Laura De Rentiis	Referendario (relatore)
dott. Donato Centrone	Referendario
dott. Francesco Sucameli	Referendario
dott. Cristiano Baldi	Referendario
dott. Andrea Luberti	Referendario

**nell'adunanza del 3 ottobre 2012**

Visto il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con il regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni;

Vista la legge 21 marzo 1953, n. 161;

Vista la legge 14 gennaio 1994, n. 20;

Vista la deliberazione delle Sezioni riunite della Corte dei conti n. 14/2000 del 16 giugno 2000, che ha approvato il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, modificata con le deliberazioni delle Sezioni riunite n. 2 del 3 luglio 2003 e n. 1 del 17 dicembre 2004;

Visto il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 recante il Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali;

Vista la legge 5 giugno 2003, n. 131;

Vista la deliberazione n. 1/pareri/2004 del 3 novembre 2004 con la quale la Sezione ha stabilito i criteri sul procedimento e sulla formulazione dei pareri previsti dall'articolo 7, comma 8, della legge n. 131/2003;

Vista la nota pervenuta il 17 settembre 2012 (prot. in entrata n. 7497) con la quale il Presidente della Provincia di Brescia ha chiesto un parere in materia di contabilità pubblica;

Vista l'ordinanza con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per l'adunanza odierna per deliberare sulla richiesta proveniente dalla Provincia di Brescia;

Udito il relatore, Laura De Rentiis;

### **OGGETTO DEL PARERE**

Il Presidente della Provincia di Brescia ha posto alla Sezione due quesito del seguente tenore:

1) Se la stipulazione del contratto di disponibilità (nei termini indicati nell'istanza di parere) <<comporti la violazione del divieto per la Provincia di Brescia di contrarre nuovi mutui, considerato che per l'anno in corso l'importo degli interessi sui mutui in ammortamento supera l'8% delle entrate relative ai primi tre titoli desunte dal Rendiconto della Gestione dell'Esercizio 2010>>;

2) <<Se i pagamenti dei canoni di disponibilità, al fine del calcolo per il rispetto degli Obiettivi del Patto di Stabilità Interno, vadano imputati al Titolo I della Parte Spesa (Spesa Corrente) del Bilancio di Previsione, Intervento 04 (Utilizzo di Beni di Terzi), oppure al Titolo II Parte Spesa (Spesa Investimenti) del Bilancio di Previsione, Intervento 04 (Utilizzo di Beni di Terzi)>>.

### **PREMESSA**

Il primo punto da esaminare concerne la verifica in ordine alla circostanza se la richiesta proveniente dalla Provincia di Brescia rientri nell'ambito delle funzioni attribuite alle Sezioni regionali della Corte dei conti dall'art. 7 comma ottavo, della legge 6 giugno 2003, n. 131, norma in forza della quale Regioni, Province e Comuni possono chiedere a dette Sezioni pareri in materia di contabilità pubblica, nonché ulteriori forme di collaborazione ai fini della regolare gestione finanziaria, dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa.

In proposito, questa Sezione ha precisato, in più occasioni, che la funzione di cui al comma ottavo dell'art. 7 della legge n. 131/2003 si connota come facoltà conferita agli amministratori di Regioni, Comuni e Province di avvalersi di un organo neutrale e professionalmente qualificato per acquisire elementi necessari ad assicurare la legalità della loro attività amministrativa.

I pareri e le altre forme di collaborazione si inseriscono nei procedimenti amministrativi degli enti territoriali consentendo, nelle tematiche in relazione alle quali la collaborazione viene esercitata, scelte adeguate e ponderate nello svolgimento dei poteri che appartengono agli amministratori pubblici, restando peraltro esclusa qualsiasi forma di cogestione o coamministrazione con l'organo di controllo esterno (per tutte: parere sez. Lombardia, 11 febbraio 2009, n. 36).

Infatti, deve essere messo in luce che il parere della Sezione attiene a profili di carattere generale anche se, ovviamente, la richiesta proveniente dall'ente pubblico è motivata, generalmente, dalla necessità di assumere specifiche decisioni in relazione ad una particolare situazione. L'esame e l'analisi svolta nel parere è limitata ad individuare l'interpretazione di disposizioni di legge e di principi generali dell'ordinamento in relazione alla materia prospettata dal richiedente, spettando, ovviamente, a quest'ultimo la decisione in ordine alle modalità applicative in relazione alla situazione che ha originato la domanda.

#### **AMMISSIBILITA' SOGGETTIVA**

Riguardo all'individuazione dell'organo legittimato ad inoltrare le richieste di parere dell'ente provinciale, si osserva che il Presidente della provincia è l'organo istituzionalmente legittimato a richiedere il parere in quanto riveste il ruolo di rappresentante dell'ente ai sensi dell'art. 50 T.U.E.L.

Pertanto, la richiesta di parere è ammissibile soggettivamente poiché proviene dall'organo legittimato a proporla.

#### **AMMISSIBILITA' OGGETTIVA**

Con riferimento alla verifica del profilo oggettivo, occorre rilevare che la disposizione, contenuta nel comma 8, dell'art. 7 della legge 131/03, deve essere raccordata con il precedente comma 7, norma che attribuisce alla Corte dei conti la funzione di verificare il rispetto degli equilibri di bilancio, il perseguimento degli obiettivi posti da leggi statali e regionali di principio e di programma, la sana gestione finanziaria degli enti locali.

Lo svolgimento delle funzioni è qualificato dallo stesso legislatore come una forma di controllo collaborativo.

Il raccordo tra le due disposizioni opera nel senso che il co. 8 prevede forme di collaborazione ulteriore rispetto a quelle del precedente comma rese esplicite, in particolare, con l'attribuzione agli enti della facoltà di chiedere pareri in materia di contabilità pubblica.

Appare conseguentemente chiaro che le Sezioni regionali della Corte dei conti non svolgono una funzione consultiva a carattere generale in favore degli enti locali ma che, anzi, le attribuzioni consultive si connotano sulle funzioni sostanziali di controllo collaborativo ad esse conferite dalla legislazione positiva.

Al riguardo, le Sezioni riunite della Corte dei conti, intervenendo con una pronuncia in sede di coordinamento della finanza pubblica ai sensi dell'art. 17, co. 31 del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, hanno delineato una nozione unitaria della nozione di contabilità pubblica incentrata sul *"sistema di principi e di norme che regolano l'attività finanziaria e patrimoniale dello Stato e degli enti pubblici"*, da intendersi in

senso dinamico anche in relazione alle materie che incidono sulla gestione del bilancio e sui suoi equilibri (Delibera n. 54, in data 17 novembre 2010).

Il limite della funzione consultiva, come sopra delineato, esclude qualsiasi possibilità di intervento della Corte dei conti nella concreta attività gestionale ed amministrativa che ricade nella esclusiva competenza dell'autorità che la svolge; nonché esclude, altresì, che la funzione consultiva possa interferire in concreto con competenze di altri organi giurisdizionali.

Dalle sopraesposte considerazioni consegue che la nozione di contabilità pubblica va conformandosi all'evolversi dell'ordinamento, seguendo anche i nuovi principi di organizzazione dell'amministrazione, con effetti differenziati, per quanto riguarda le funzioni della Corte dei conti, secondo l'ambito di attività.

Con specifico riferimento alla richiesta oggetto della presente pronuncia la Sezione osserva che rientra nella materia della contabilità pubblica, poiché attiene all'impatto che il Contratto di Disponibilità (disciplinato dall'art. 160 *ter* cod. contr. pubblici) ha sul Bilancio di previsione dell'Ente e sui limiti imposti dalle norme vigenti in materia di Patto di Stabilità Interno.

La richiesta di parere in esame risponde ai requisiti indicati sopra e pertanto, è da ritenere ammissibile e può essere esaminata nel merito.

### **MERITO**

In via preliminare, la Sezione precisa che la decisione se procedere o meno alla stipula del contratto di disponibilità (sulla scorta di una serie di valutazioni indicate nell'istanza di parere) attiene al merito dell'azione amministrativa e rientra, ovviamente, nella piena ed esclusiva discrezionalità e responsabilità dell'ente che potrà orientare la sua decisione in base alle conclusioni contenute nel parere della Sezione.

#### **1. Il quadro normativo.**

L'art. 3 Codice degli appalti al comma 15-bis 1 (comma aggiunto dalla lettera *a* del comma 1 dell'art. 44, D.L. 24 gennaio 2012, n. 1) definisce il "contratto di disponibilità" quale negozio <<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>>.

L'art. 160 *ter* del codice cit., poi, detta la relativa disciplina: <<1. L'affidatario del contratto di disponibilità è retribuito con i seguenti corrispettivi, soggetti ad adeguamento monetario secondo le previsioni del contratto: a) un canone di

disponibilità, da versare soltanto in corrispondenza alla effettiva disponibilità dell'opera; il canone è proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o nulla disponibilità della stessa per manutenzione, vizi o qualsiasi motivo non rientrante tra i rischi a carico dell'amministrazione aggiudicatrice ai sensi del comma 3; b) l'eventuale riconoscimento di un contributo in corso d'opera, comunque non superiore al cinquanta per cento del costo di costruzione dell'opera, in caso di trasferimento della proprietà dell'opera all'amministrazione aggiudicatrice; c) un eventuale prezzo di trasferimento, parametrato, in relazione ai canoni già versati e all'eventuale contributo in corso d'opera di cui alla precedente lettera b), al valore di mercato residuo dell'opera, da corrispondere, al termine del contratto, in caso di trasferimento della proprietà dell'opera all'amministrazione aggiudicatrice.

2. L'affidatario assume il rischio della costruzione e della gestione tecnica dell'opera per il periodo di messa a disposizione dell'amministrazione aggiudicatrice. Il contratto determina le modalità di ripartizione dei rischi tra le parti, che possono comportare variazioni dei corrispettivi dovuti per gli eventi incidenti sul progetto, sulla realizzazione o sulla gestione tecnica dell'opera, derivanti dal sopravvenire di norme o provvedimenti cogenti di pubbliche autorità. Salvo diversa determinazione contrattuale e fermo restando quanto previsto dal comma 5, i rischi sulla costruzione e gestione tecnica dell'opera derivanti da mancato o ritardato rilascio di autorizzazioni, pareri, nulla osta e ogni altro atto di natura amministrativa sono a carico del soggetto aggiudicatario.

3. Il bando di gara è pubblicato con le modalità di cui all'articolo 66 ovvero di cui all'articolo 122, secondo l'importo del contratto, ponendo a base di gara un capitolato prestazionale, predisposto dall'amministrazione aggiudicatrice, che indica, in dettaglio, le caratteristiche tecniche e funzionali che deve assicurare l'opera costruita e le modalità per determinare la riduzione del canone di disponibilità, nei limiti di cui al comma 6. Le offerte devono contenere un progetto preliminare rispondente alle caratteristiche indicate nel capitolato prestazionale e sono corredate dalla garanzia di cui all'articolo 75; il soggetto aggiudicatario è tenuto a prestare la cauzione definitiva di cui all'articolo 113. Dalla data di inizio della messa a disposizione da parte dell'affidatario è dovuta una cauzione a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla messa a disposizione dell'opera, da prestarsi nella misura del dieci per cento del costo annuo operativo di esercizio e con le modalità di cui all'articolo 113; la mancata presentazione di tale cauzione costituisce grave inadempimento contrattuale. L'amministrazione aggiudicatrice valuta le offerte presentate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'articolo 83. Il bando indica i criteri, secondo l'ordine di importanza loro

attribuita, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse offerte. Gli oneri connessi agli eventuali espropri sono considerati nel quadro economico degli investimenti e finanziati nell'ambito del contratto di disponibilità.

4. Al contratto di disponibilità si applicano le disposizioni previste dal presente codice in materia di requisiti generali di partecipazione alle procedure di affidamento e di qualificazione degli operatori economici.

5. Il progetto definitivo, il progetto esecutivo e le eventuali varianti in corso d'opera sono redatti a cura dell'affidatario; l'affidatario ha la facoltà di introdurre le eventuali varianti finalizzate ad una maggiore economicità di costruzione o gestione, nel rispetto del capitolato prestazionale e delle norme e provvedimenti di pubbliche autorità vigenti e sopravvenuti; il progetto definitivo, il progetto esecutivo e le varianti in corso d'opera sono ad ogni effetto approvati dall'affidatario, previa comunicazione all'amministrazione aggiudicatrice e, ove prescritto, alle terze autorità competenti. Il rischio della mancata o ritardata approvazione da parte di terze autorità competenti della progettazione e delle eventuali varianti è a carico dell'affidatario. L'amministrazione aggiudicatrice può attribuire all'affidatario il ruolo di autorità espropriante ai sensi del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327.

6. L'attività di collaudo, posta in capo alla stazione appaltante, verifica la realizzazione dell'opera al fine di accertare il puntuale rispetto del capitolato prestazionale e delle norme e disposizioni cogenti e può proporre all'amministrazione aggiudicatrice, a questi soli fini, modificazioni, varianti e rifacimento di lavori eseguiti ovvero, sempre che siano assicurate le caratteristiche funzionali essenziali, la riduzione del canone di disponibilità. Il contratto individua, anche a salvaguardia degli enti finanziatori, il limite di riduzione del canone di disponibilità superato il quale il contratto è risolto. L'adempimento degli impegni dell'amministrazione aggiudicatrice resta in ogni caso condizionato al positivo controllo della realizzazione dell'opera ed alla messa a disposizione della stessa secondo le modalità previste dal contratto di disponibilità.

7. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle infrastrutture di cui alla parte II, titolo III, capo IV. In tal caso l'approvazione dei progetti avviene secondo le procedure previste agli articoli 165 e seguenti>>.

L'istituto giuridico del "contratto di disponibilità" (introdotto dall'art. 44 del recente d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 24 marzo 2012, n. 27, recante "Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività") viene ricondotto dallo stesso legislatore nella più generale categoria dei «contratti di partenariato pubblico privato» (ovvero, i <<contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera

pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti>>, comma 15-ter dell'art. 3 Codice degli appalti).

La Magistratura contabile in sede consultiva ha già avuto modo di osservare che il contratto di disponibilità si presta ad essere utilizzato <<per la realizzazione di opere c.d. "fredde", cioè di infrastrutture destinate all'utilizzazione diretta della pubblica Amministrazione per lo svolgimento di un pubblico servizio (ad es. uffici pubblici)>> (C. Conti, sez. contr. Puglia, del. n. 66/PAR/2012 del 31 maggio 2012).

Questa Sezione, ad ogni buon conto, ritiene opportuno sottolineare che dall'esame dell'art. 160 *ter* si possono trarre due ulteriori considerazioni. La prima attiene all'ampia autonomia che il legislatore ha inteso riconoscere ai contraenti dando loro la possibilità di "personalizzare" la causa giuridica dello schema negoziale "piegandola" ad esigenze concrete che possono venire in rilievo in sede di realizzazione dell'opera privata destinata ad un servizio pubblico. La seconda considerazione (diretta conseguenza della prima) è che il legislatore riconosce alle parti detta autonomia negoziale anche in sede di regolamentazione contrattuale dei reciproci obblighi.

## **2. La "causa" giuridica del contratto di disponibilità.**

La prima considerazione (ovvero, quella sulla causa giuridica dello schema negoziale *de qua*), oltre ad avere rilievo da un punto di vista civilistico ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile, è di particolare interesse anche sotto il profilo della contabilità pubblica poiché la ricostruzione in via ermeneutica della volontà dei contraenti ha diretta rilevanza in sede di applicazione dei principi contabili al caso concreto (in particolare, a questi fini, il criterio della ripartizione del rischio di cui si dirà in sede di esame del primo quesito).

Come già anticipato, lo schema giuridico del contratto di disponibilità dettato dal legislatore lascia ampio spazio all'autonomia negoziale dei contraenti che possono implementare il sinallagma funzionale integrando il canone pattuito per l'effettiva disponibilità dell'opera (comma 1, lett. a), con un eventuale ulteriore contributo in corso d'opera (non superiore alla metà del costo di realizzazione, ai sensi del comma 1, lett. b) per il riscatto dell'infrastruttura o, persino, con un vero e proprio corrispettivo per il trasferimento, da corrispondere al termine del contratto, dedotte tutte le somme già versate a titolo di canoni e a titolo di contributo in corso d'opera (comma 1, lett. c). D'altra parte, lo stesso legislatore è consapevole del fatto che rientra nell'autonomia negoziale dei contraenti la facoltà di modulare, attraverso il regolamento contrattuale, "le modalità di ripartizione dei

rischi tra le parti" medesime (secondo periodo del secondo comma dell'art. 160 *ter*).

Dunque, il legislatore in astratto attribuisce ai contraenti la possibilità di realizzare con il medesimo schema negoziale una molteplicità di funzioni economiche-sociali: la realizzazione di un'opera da parte di un soggetto privato con contestuale garanzia del rispetto dei parametri di funzionalità affinché la pubblica amministrazione possa utilizzare l'opera realizzata per lo svolgimento di un determinato servizio pubblico (causa tipica del contratto di disponibilità), la realizzazione di un'opera con un contributo pubblico (causa tipica della concessione di costruzione), la realizzazione di un'opera finalizzata al riscatto della stessa da parte della pubblica amministrazione (causa tipica del leasing immobiliare traslativo).

In merito alla "causa giuridica" del contratto di disponibilità, la Sezione per il controllo della regione Puglia ha sottolineato che il negozio in esame <<potrebbe 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, ecc.) 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. Tuttavia, la casistica giurisprudenziale evidenzia che tale fattispecie atipica ha ad oggetto beni strumentali a rapida obsolescenza economica (quali ad es. i mezzi di trasporto, attrezzature informatiche, ecc.) destinati a soddisfare esigenze temporanee (di breve durata) dell'utilizzatore, il 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>> (C. Conti, sez. contr. Puglia, del. n. 66/PAR/2012 del 31 maggio 2012).

Questa Sezione ritiene, altresì, opportuno aggiungere che diretta conseguenza dell'ampia autonomia negoziale riconosciuta dal legislatore in capo ai contraenti è che non si può 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; infatti, sarà compito dell'interprete del caso concreto - attraverso un esame complessivo del regolamento contrattuale- individuare la funzione economico-sociale che hanno inteso realizzare i contraenti con la complessiva operazione negoziale (non limitando l'analisi al singolo negozio



collegato). Nel compiere questa operazione ermeneutica, l'interprete dovrà tenere a mente che -alla stregua degli insegnamenti della Corte di Cassazione- l'unicità del contratto (nel caso di specie il contratto di disponibilità) non è di per sé elemento sufficiente - quando si è in presenza di una pluralità di cause- per qualificarlo come contratto misto, anche se il contratto è contenuto in unico documento. Infatti, <<per aversi un contratto misto (sia inteso in senso stretto sia inteso nella figura analoga del contratto complesso) è necessario che vi sia una causa unitaria di detto contratto, anche se risultante dalla fusione di due o più contratti nominati>>. La coesistenza di una pluralità di cause, implica che si è in presenza non di un unico contratto, ma di <<più contratti tra le medesime parti>>, di un collegamento che può essere genetico (quando interessa la formazione del contratto) o funzionale (quando investe lo svolgimento del rapporto). Ad ogni buon conto, <<per aversi un collegamento, in senso tecnico, è necessario, però, che ricorra sia il requisito oggettivo costituito dal nesso teologico tra i diversi contratti, sia il requisito soggettivo costituito dal comune intento pratico delle parti di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il collegamento ed il coordinamento di essi per la realizzazione di un fine ulteriore, non essendo sufficiente che quel fine sia perseguito da uno soltanto delle parti, all'insaputa delle altre>> (principio espresso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sent. del 10 aprile 2002, n. 5119, in materia di assicurazione sugli infortuni invalidanti e mortali).

Dunque, applicando detti principi allo schema negoziale del contratto di disponibilità, quando oltre al canone previsto dalla lettera a) (art. 160 *ter* cit.) si è in presenza di pattuizioni tipizzate dalle lettere b) e c), spetta all'interprete del caso concreto ricostruire la causa giuridica sottesa all'operazione negoziale. Questa operazione, d'altra parte, si rende ancor più necessaria quando oltre alle attribuzioni patrimoniali tipizzate dal legislatore, entrano a far parte del sinallagma contrattuale ulteriori attribuzioni come quella rappresentata nell'istanza di parere (in particolare, l'amministrazione provinciale rappresenta che si impegna anche a concedere per 99 anni in diritto di superficie al privato l'area su cui realizzare l'opera, senza specificare se detta attribuzione in favore del soggetto privato avviene a titolo di parziale pagamento del canone di disponibilità o a titolo di contributo per la realizzazione dell'opera o a titolo di autonoma pattuizione negoziale).

### **3. La disciplina giuridica del contratto di disponibilità.**

Quanto sin qui detto sull'ampia autonomia attribuita ai contraenti in sede di definizione della funzione economica sociale sottesa all'operazione negoziale, diventa rilevante anche in merito alla seconda considerazione di cui si è detto in precedenza, ovvero l'individuazione della disciplina applicabile.

Analizzando il profilo della disciplina giuridica di questo schema negoziale, è agevole osservare che l'art. 160 ter si limita a regolamentare la fase dell'evidenza pubblica che necessariamente deve precedere la stipula del contratto (commi 3 e 4 dell'art. 160 *ter* cit.) ed alcuni profili che attengono la fase della progettazione, costruzione e collaudo dell'opera (commi 5 e 6 dell'art. 160 *ter* cit.).

Ne consegue che, a prescindere dagli elementi tipizzati dal legislatore, i principi elaborati dalla giurisprudenza della Cassazione in tema di collegamento negoziale tornano utili ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile in sede di attuazione del rapporto. Infatti, si potrebbe ricorrere al "criterio della prevalenza" quando uno degli elementi tipici del contratto è prevalente e, quindi, assorbente rispetto agli altri, oppure diversamente al "criterio della combinazione" quando nessuna delle cause tipizzate dal legislatore ha nell'intento dei contraenti il carattere della prevalenza.

In altri termini, 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. Quando l'interprete accerta, in concreto, l'esistenza di un collegamento negoziale, sul piano della disciplina, il vincolo di reciproca dipendenza tra i negozi non può essere considerato irrilevante (così, ad esempio, le vicende relative all'invalidità, all'inefficacia o alla risoluzione dell'uno possono ripercuotersi sugli altri).

#### **4. *Primo quesito*: la stipula del contratto di disponibilità incide sulla capacità dell'ente locale di indebitarsi ai sensi dell'art. 204 TUEL?**

Analizzata la possibile "poliedricità" della causa giuridica che connota lo schema negoziale del contratto di disponibilità, si deve tenere conto di essa anche ai fini dell'esame dei quesiti che seguono. Infatti, i quesiti posti nell'istanza di parere non sono immuni da diverse soluzioni in presenza di peculiari clausole negoziali pattuite dai contraenti. Tuttavia, in questa sede, ci si limiterà a enucleare indicazioni di carattere generale che non tengono conto delle pattuizioni che potrebbero essere inserite nel regolamento contrattuale e che, inevitabilmente, incidono sulla "causa giuridica" in concreto realizzata dalle parti con l'operazione negoziale.

In un'ottica civilistica, senz'altro, i contratti ascrivibili alla categoria dei negozi di PPP sono caratterizzati dall'elemento del "finanziamento" dell'opera da parte di un soggetto privato. Dal punto di vista della contabilità pubblica, tuttavia, si deve affrontare il conseguente problema se detto finanziamento possa prescindere da un indebitamento del soggetto pubblico che fruisce dell'opera.

In altri termini, occorre affrontare la questione se la spesa inerente all'infrastruttura (c.d. *asset*) realizzata in esecuzione di un contratto di disponibilità

possa essere considerata fuori dal bilancio dell'ente (*off balance*) e, quindi, dal debito pubblico.

Dunque, il quesito posto dall'amministrazione provinciale investe un argomento di ordine generale, riguardante i limiti posti all'indebitamento degli enti locali. Tuttavia, si aggiunga che, nel caso rappresentato dall'amministrazione provinciale, la questione di carattere generale potrebbe tradursi in un divieto per l'amministrazione medesima di ricorrere, per l'anno in corso, alla fattispecie *de qua*. Infatti, l'amministrazione rappresenta che per l'anno in corso (*alias* il 2012) l'importo degli interessi sui mutui in ammortamento supera l'8% delle entrate relative ai primi tre titoli desunte dal Rendiconto della Gestione dell'Esercizio 2010; conseguentemente se la fattispecie contrattuale in esame incidesse sulla capacità di indebitamento, sarebbe preclusa all'ente medesimo la possibilità di stipulare un contratto di disponibilità.

La Magistratura contabile ha già affrontato la questione valorizzando il profilo sistematico della collocazione del contratto di disponibilità tra quelli di partenariato pubblico-privato e, quindi, del suo assoggettamento alle decisioni Eurostat (cfr. C. Conti, sez. contr. Puglia, del. n. 66/PAR/2012 del 31 maggio 2012). Da tale inquadramento di carattere sistematico discende che l'interprete del caso concreto deve valorizzare il profilo dell'allocatione dei rischi tra il soggetto pubblico e quello privato "ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti" (espressione riportata dalla lettera del comma 15-*ter* dell'art. 3 del Codice cit.).

Gli "indirizzi comunitari" sono stati formulati nelle decisioni l'Istituto europeo di statistica; in particolare, sotto questo profilo viene in rilievo la decisione "Treatment of public-private partnerships" (dell'11 febbraio 2004) dove, in linea con il Sistema Europeo dei Conti SEC 95, Eurostat si è occupata specificamente del trattamento contabile, nei conti nazionali, dei contratti sottoscritti dalla pubblica Amministrazione nel quadro di partenariati con imprese private.

Alla stregua della Decisione Eurostat citata, i beni (*assets*) oggetto delle operazioni di Partenariato Pubblico Privato non devono essere registrati nei conti delle Pubbliche Amministrazioni, ai fini del calcolo dell'indebitamento netto e del debito, solo se c'è un sostanziale trasferimento di rischio dalla parte pubblica alla parte privata. Ciò avviene nel caso in cui si verificano contemporaneamente le seguenti due condizioni: 1) il soggetto privato assume il rischio di costruzione; 2) il soggetto privato assume almeno uno dei due rischi: di disponibilità o di domanda.

In proposito, questa Sezione ritiene sufficiente richiamare le definizioni dei rischi *de quibus* contenute nella circolare del Consiglio di Presidenza del 27 marzo 2009, recante "Criteri per la comunicazione di informazioni relative al partenariato pubblico-privato ai sensi dell'articolo 44, comma 1-bis del decreto-legge 31

dicembre 2007, n. 248 convertito, con modificazioni, dall'articolo 1, comma 1 della legge 28 febbraio 2008, n. 31".

Il rischio costruzione interessa gli <<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>>.

Definito il rischio che necessariamente deve essere presente in ogni contratto di PPP, l'ulteriore rischio che deve gravare sul soggetto privato e da cui non si può prescindere affinché l'operazione non venga registrata ai fini dell'indebitamento pubblico, muta a seconda dell'opera che deve essere realizzata mediante lo strumento di PPP.

In particolare, <<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 disponibilità da parte del soggetto pubblico>>. Così la circolare in esame che, a titolo esemplificativo, aggiunge che <<nel caso di realizzazione di Uffici pubblici, Tribunali, Istituti penitenziari, etc., ad uso esclusivo della PA, 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, guardiania, 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>> (così la circolare del 2009).

Il rischio domanda, invece, <<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 *de quo* <<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 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>>. Anche con riferimento a questa tipologia di rischio la circolare del 2009 aggiunge, a titolo esemplificativo, che <<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>>.

Come ha giustamente osservato la Sezione di controllo per la regione Puglia, <<nei casi in cui l'analisi dell'allocazione dei rischi, così come sopra definiti, possa portare a non chiare conclusioni, Eurostat consiglia di prendere in considerazione anche ulteriori criteri per classificare gli *assets*, quali: la concessione di finanziamenti pubblici, compresi quelli "in natura"; l'eventuale esistenza di garanzie fornite dalla pubblica Amministrazione sul finanziamento; l'esistenza di clausole relative alla rescissione del contratto di PPP che prevedano il pagamento di un indennizzo da parte dell'Amministrazione; l'allocazione finale degli *assets* alla luce delle clausole di fine contratto (c.d. *termination clauses*)>> (C. Conti, sez. contr. Puglia, del. n. 66/PAR/2012 del 31 maggio 2012).

Eurostat, in sede di elaborazione della terza versione del SEC 95 sul disavanzo e sul debito pubblico (pubblicata ad ottobre 2010), ha approfondito questi ulteriori criteri per la valutazione del "riparto dei rischi tra i contraenti" precisando che quando sono presenti questi elementi accessori va effettuata una valutazione congiunta degli stessi.

a) Con riferimento al finanziamento pubblico, vanno prese in considerazione tutte le forme di contribuzione pubblica (partecipazione al capitale sociale, conferimento di capitale di debito o contributi diretti in conto capitale). Eurostat ha, altresì, aggiunto che a prescindere dalla forma di contribuzione pubblica prescelta

se il costo dell'investimento è *prevalentemente* coperto dall'amministrazione ciò significa che la maggior parte dei rischi grava sul settore pubblico (inoltre, in presenza di un incremento del livello di finanziamento pubblico in corso d'opera, non è escluso che non si debba procedere ad una riclassificazione *on balance* dell'*asset*).

b) In relazione al rilascio di garanzie pubbliche, se queste assicurano una integrale copertura del debito o un rendimento certo del capitale investito dal soggetto privato, il nuovo SEC 95 precisa che il loro rilascio può comportare l'iscrizione o la riclassificazione dell'*asset on balance*. Anche in questo caso vale il criterio della prevalenza, ovvero, se le garanzie coprono più del 50 per cento del costo dell'opera, essa andrà contabilizzata *on balance*. Eurostat precisa, però, che ai fini di una corretta valutazione dell'allocazione dei rischi, la presenza di garanzie pubbliche e la prevalenza del contributo pubblico (in tutte le sue forme) dovranno essere valutate congiuntamente.

c) Con riferimento alla presenza di "clausole fine contratto" nel regolamento negoziale, poi, la scelta di contabilizzazione *on balance* dell'infrastruttura sarà necessariamente condizionata dai seguenti fattori: 1) la pattuizione di un prezzo fisso che l'amministrazione dovrà pagare alla scadenza del contratto e che non rispecchia il valore di mercato dell'*asset*; 2) la previsione di un prezzo di riscatto più alto del valore economico atteso; 3) la previsione di un prezzo più basso del valore economico atteso perché l'amministrazione ha già pagato in precedenza per l'acquisizione dell'*asset*.

In conclusione, spetterà all'interprete del caso concreto valutare se la spesa inerente all'infrastruttura (c.d. *asset*) realizzata in esecuzione di un contratto di disponibilità possa essere considerata fuori dal bilancio dell'ente (*off balance*) e, quindi, dal debito pubblico. L'interprete dovrà compiere la valutazione *de qua* applicando il criterio del "riparto dei rischi" tra soggetto pubblico e soggetto privato secondo le indicazioni di Eurostat sin qui riportate.

Questa valutazione secondo i criteri propri della contabilità pubblica, ad ogni buon conto, deve tenere conto del fatto che il contratto di disponibilità in concreto può strutturarsi come un'ipotesi di collegamento negoziale che, in quanto tale, impone all'interprete di effettuare una valutazione complessiva di tutte le attribuzioni patrimoniali tra loro collegate e che entrano a far parte del sinallagma contrattuale a prescindere dal fatto che l'operazione complessiva sia "regolamentata" in unico documento o sia frutto di pattuizioni intervenute anche in fasi temporali successive.

Proprio in quest'ottica, i tipici rischi di impresa che gravano sul soggetto privato che realizza l'opera (ovvero, il rischio di costruzione e di gestione dell'opera medesima nell'ottica di metterla a disposizione della amministrazione pubblica),

devono essere valutati anche nella logica "civilistica" del sinallagma contrattuale che caratterizza i contratti commutativi, verificando la misura con cui il rischio di impresa trova un suo bilanciamento in un incremento del corrispettivo per l'utilizzo dell'opera da parte dell'Amministrazione. In questo senso, poiché l'art. 160 *ter* non indica i parametri alla stregua dei quali dovrebbe essere quantificato il canone di disponibilità, l'interprete (alla stregua dei criteri elaborati da Eurostat) dovrà accertare che in concreto l'entità del canone non sia tale da coprire anche i costi del finanziamento.

Proprio in merito a quest'ultima considerazione, questa Sezione ritiene sottolineare che l'interprete del caso concreto nel compiere le sue valutazioni sulla ripartizione dei rischi tra soggetto privato e amministrazione pubblica dovrà tenere conto, oltre che della "misura" del canone di disponibilità, anche di una pattuizione contrattuale tipizzata dal comma 6 dell'art. 160 *ter*, ovvero "il limite di riduzione del canone di disponibilità superato il quale il contratto è risolto". In particolare, il legislatore precisa che detto "limite" deve essere posto "anche a salvaguardia degli enti finanziatori", tuttavia, secondo questa Sezione il limite *de quo* deve rappresentare la misura della retribuzione del rischio di impresa (inteso come di costruzione e di messa a disposizione), ma non deve anche coprire i costi di finanziamento dell'opera.

**5. Secondo quesito: i pagamenti dei canoni di disponibilità, al fine del calcolo per il rispetto degli Obiettivi del Patto di Stabilità Interno, vanno imputati al Titolo I della Parte Spesa (Spesa Corrente) del Bilancio di Previsione, Intervento 04 (Utilizzo di Beni di Terzi), oppure al Titolo II Parte Spesa (Spesa Investimenti) del Bilancio di Previsione, Intervento 04 (Utilizzo di Beni di Terzi)?**

L'ampia autonomia negoziale riconosciuta ai contraenti dall'art. 160 *ter* codice dei contratti impone cautele non solo per quanto sin qui si è detto in merito al profilo dell'indebitamento dell'ente locale, ma anche in sede di contabilizzazione secondo i binari della "spese per investimento" e "spesa corrente" che regola la rendicontazione delle uscite finanziarie degli enti locali.

Ne consegue che solo nell'ipotesi in cui, applicando rigorosamente il criterio del riparto dei rischi tra soggetto pubblico e privato (nei termini indicati al punto che precede del presente parere), il contratto di disponibilità non costituisca in concreto una forma di indebitamento è possibile escludere l'iscrizione in bilancio del canone di disponibilità quale spesa di investimento.

Diversamente, laddove in capo all'Amministrazione sia prevista la facoltà di riscatto (lettera c primo comma art. 160 *ter*), troveranno applicazione i principi espressi dalle Sezioni Riunite in sede di controllo nella deliberazione n. 49 del 16 settembre 2011.

**P.Q.M.**

Nelle considerazioni esposte è il parere della Sezione.

Il Relatore

(Dott.ssa Laura De Rentiis)

Il Presidente

(Dott. Nicola Mastropasqua)

Depositata in Segreteria il

23 ottobre 2012

Il Direttore della Segreteria

(Dott.ssa Daniela Parisini)