



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

composta dai magistrati:

dott. Gianluca Braghò	Presidente f.f. (relatore)
dott. Donato Centrone	Referendario (relatore)
dott. Andrea Luberti	Referendario
dott. Paolo Bertozzi	Referendario
dott. Cristian Pettinari	Referendario
dott.ssa Sara Raffaella Molinaro	Referendario

nella camera di consiglio del 28 luglio 2014

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 del 23 giugno 2013 con la quale il Sindaco del Comune di Milano ha chiesto un parere in materia di contabilità pubblica;

Vista l'ordinanza con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per la camera di consiglio

odierna per deliberare sulla sopra indicata richiesta;
Uditi i relatori, dott.ri Gianluca Braghò e Donato Centrone

Premesso che

Il sindaco del Comune di Milano, con nota del 23 giugno 2014, ha formulato una richiesta di parere avente ad oggetto il divieto, posto in capo agli enti locali, di stipulazione di contratti di finanza derivata e la conseguente potenziale incidenza del predetto divieto in caso di responsabilità dell'ente locale concedente per inadempimento a contratti di partenariato pubblico privato, nei quali, ai fini del reperimento del necessario finanziamento, il soggetto concessionario abbia stipulato un contratto di finanza derivata.

Il sindaco precisa che, con distinte procedure, il comune di Milano ha affidato la concessione di progettazione, costruzione e gestione di due nuove linee metropolitane (di seguito, per brevità, "M5" e "M4"). Gli interventi in argomento sono stati affidati con contratto di finanza di progetto (project financing) ai sensi delle vigenti disposizioni legislative.

La concessione di costruzione e gestione della linea metropolitana M5, originariamente ideata come collegamento tra le stazioni di Bignami e Garibaldi, è disciplinata da una convenzione che risale al 14 giugno 2006, sottoscritta al termine di un procedimento di gara (a seguito del riconoscimento di tale infrastruttura come "opera strategica" da parte del CIPE e dell'attribuzione dei finanziamenti previsti dalle leggi n. 211/1992 e n. 443/2001).

Successivamente, nel 2010, in seguito alla selezione del comune di Milano come sede della manifestazione universale EXPO 2015, è stata autorizzata, e avviata, la realizzazione di una seconda tratta della linea metropolitana M5 (c.d. "prolungamento") funzionale al collegamento della stazione Garibaldi a San Siro, disciplinata da altra convenzione di concessione per la progettazione, costruzione e gestione, sottoscritta nel febbraio 2011. Dal 1° marzo 2014, la prima tratta (collegamento Bignami–stazione Garibaldi) è in esercizio, mentre il prolungamento è in avanzato stato di realizzazione.

Allo stato attuale è in fase di sottoscrizione la convenzione unica, che definirà gli obblighi contrattuali di concedente e concessionario sia in relazione alla prima tratta che al prolungamento. Detta convenzione unica (e l'allegato Piano economico finanziario) ha, tra l'altro, lo scopo di raccogliere in un unico documento contrattuale la disciplina della concessione. A tal fine il Comune evidenzia che il concessionario, con riferimento alla prima tratta, ha sottoscritto, a suo tempo, nell'ambito del project financing, un contratto di finanziamento volto ad assicurare copertura degli investimenti connessi alla realizzazione, mentre per il prolungamento non è a stato ancora stipulato un contratto di finanziamento in ragione della necessità, manifestata dagli istituti di credito, di procedere alla strutturazione e sottoscrizione di un unico contratto di finanziamento, a corredo della convenzione unica, destinato a sopperire alle esigenze dell'intera linea (prima tratta e prolungamento).

Per quanto riguarda la linea M4, il Comune, nel giugno 2006, ha pubblicato il bando di gara per la concessione di progettazione, costruzione e gestione della prima tratta funzionale (Lorenteggio–Sforza Policlinico), stralcio di un più ampio progetto preliminare che comprende l'intera linea (dalla stazione di Lorenteggio/San Cristoforo a quella dell'aeroporto di Linate). Come avvenuto per la linea M5, a seguito della selezione della città di Milano per la manifestazione EXPO 2015, il Comune ha ottenuto un ulteriore finanziamento statale, che ha consentito di estendere l'oggetto della procedura di gara anche alla seconda tratta (dalla stazione Sforza Policlinico a quella di Linate). Il 4 maggio 2010, ai concorrenti prequalificati, è stata inviata la lettera d'invito, con relativa documentazione di gara, per la ricerca del socio privato di una società mista ex art. 116 del d.lgs. n. 267/2000, alle quale affidare la concessione di costruzione e di gestione dell'intera Linea 4 della metropolitana di Milano (di cui il Comune possiederà il 66,7% delle azioni). Nell'agosto 2011 si è proceduto all'aggiudicazione definitiva della gara per la scelta del socio privato e, nel marzo 2012, è stata effettuata la consegna anticipata dei lavori, coerentemente con le previsioni di gara.

La realizzazione degli interventi è resa possibile dal finanziamento bancario che assicura, in parte, la copertura degli investimenti connessi alla costruzione delle due linee metropolitane, e che il concessionario ha l'obbligo di reperire ai sensi dei rispettivi contratti di concessione. In questa fase è in atto, per entrambe le concessioni, l'attività di strutturazione delle relative operazioni finanziarie, e, nello specifico, per il rifinanziamento unitario dell'intera linea M5 (per la quale si è stipulata una convenzione ed un PEF unico) e per il finanziamento della linea M4.

In entrambi i casi le condizioni proposte dalle banche incaricate di strutturare le operazioni finanziarie prevedono, unitamente alla concessione delle linee di credito, l'attivazione di forme di copertura del rischio di variazione del tasso di interesse, attraverso la stipula, da parte delle società concessionarie (integralmente a partecipazione privata per la linea M5 e partecipata dal Comune per la linea M4), di contratti derivati.

Nella convenzione unica della linea M5 ed in quella per la linea M4 viene altresì affrontato il tema della risoluzione e/o revoca del rapporto di concessione, ai sensi dell'art. 158 del d.lgs. 163/2006. In particolare, nell'ambito dell'attività negoziale, prodromica alla definizione della convenzione unica per la realizzazione e gestione delle due tratte della linea M5 (in cui viene definita la ripartizione dei rischi tra concedente e concessionario), è emersa la necessità di attribuire l'eventuale costo (o ricavo, in caso di mark to market positivo) connesso alla risoluzione dei contratti derivati associati all'indebitamento bancario, nelle differenti possibili ipotesi alla base della risoluzione della convenzione.

Ai fini della ripartizione di tale rischio, occorre tener conto del fatto che le modalità di copertura dei costi di rottura dei contratti derivati, in caso di eventuale risoluzione della convenzione e, in particolare, il valore assunto (in qualsiasi momento della vita della convenzione e del contratto di finanziamento) dal rapporto tra importo rimborsato dal

concedente al concessionario, ai sensi dell'art. 158 del d.lgs. 163/2006, e debito residuo del concessionario verso le banche (comprensivo dell'eventuale valore negativo del mark to market del contratto derivato) costituiscono elemento determinante per la valutazione della bancabilità dei progetti e per la determinazione dell'ammontare del debito massimo messo a disposizione del concessionario dalle banche.

Tali circostanze si evincono, tra l'altro, prosegue il comune, dalla lettura dei documenti allegati all'istanza di parere (1. Linee guida per la predisposizione delle convenzioni di concessione e gestione, formulate da un gruppo di lavoro costituito da ANCE, ANCI, ABI, Università di Roma Tor Vergata, Legance Avvocati Associati; 2. lettere inviate da Cassa Depositi e Prestiti e da altre banche che, a seguito di sollecitazione del mercato, sono state individuate dal concessionario della linea M5 come possibili *arranger* dell'operazione finanziaria).

La questione ha potenziale notevole incidenza sul bilancio dell'ente, e sulla corretta formazione dello stesso, dal momento che l'eventuale attribuzione dei costi sopra esposti avrà evidenza negli strumenti programmatori del comune.

Altro profilo segnalato nell'istanza di parere attiene alla diversa natura del concessionario nelle due fattispecie (interamente privato nel caso della concessione della linea M5; misto pubblico-privato nel caso della linea M4, con il comune di Milano al tempo stesso concedente e socio al 67% della concessionaria).

Per quanto sopra esposto il sindaco pone i seguenti quesiti:

1) se, stante quanto stabilito dal comma 572 della legge n. 147/2013, la sottoscrizione di una convenzione di concessione per la progettazione, realizzazione e gestione in project financing di una infrastruttura per il trasporto pubblico locale, che prevede il reperimento, a carico del concessionario, di finanziamenti bancari assistiti da contratti derivati sui tassi di interesse, sia assimilabile ad una delle fattispecie previste, ed espressamente vietate, dalla suddetta normativa e precisamente:

a. stipula di contratti relativi a strumenti finanziari derivati, elencati dall'art. 1, comma 3 del d.lgs. n. 58/1998;

b. rinegoziazione di contratti derivati già in essere alla data del 1° gennaio 2014 (entrata in vigore della legge n. 147/2013);

c. stipula di contratti di finanziamento che includono componenti derivate.

2) se, qualora la stipula di una convenzione per la realizzazione e gestione in project financing di un'infrastruttura per il trasporto pubblico locale preveda il reperimento, a carico del concessionario, di finanziamenti bancari assistiti da contratti derivati sui tassi di interesse non rientrasse nei divieti di cui al precedente punto, sia legittimo, in caso di eventuale risoluzione della convenzione per causa imputabile al concedente, ai sensi della lett. b) dell'art. 158 d.lgs. n. 163/2006, prevedere l'inclusione dei costi derivanti dalla chiusura dei suddetti contratti

derivati (quale, per esempio, il valore mark to market negativo ed eventuali commissioni) tra le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere, menzionati nel testo normativo citato.

3) se, nelle ipotesi in cui la risoluzione avvenga per causa non imputabile ad una delle parti, come ad esempio a seguito di mancato riequilibrio del PEF (cfr. art. 143, commi 8 e 8 bis, d.lgs. n. 163/2006), sia legittima una ripartizione convenzionale del costo di rottura dei derivati secondo proporzioni predefinite, prevedendo, altresì, al solo fine di garantire la migliore bancabilità del progetto, e nella sola ipotesi in cui il concessionario non fosse in grado di rimborsare alle banche il debito e la quota predefinita convenzionalmente del costo di rottura del derivato a suo carico (attraverso il valore di indennizzo che il concedente dovesse versare al concessionario), che il concedente garantisca le banche per la quota residuale del costo di rottura del derivato non coperta dall'indennizzo.

In merito all'ammissibilità della richiesta

La funzione consultiva delle Sezioni regionali è inserita nel quadro delle competenze che la legge n. 131 del 2003, recante adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, ha attribuito alla Corte dei conti.

In relazione allo specifico quesito formulato dal sindaco del comune di Milano, il primo punto da esaminare concerne la verifica in ordine alla circostanza se la richiesta rientri nell'ambito delle funzioni attribuite alle Sezioni regionali della Corte dei conti dall'art. 7, comma 8, 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 e dell'efficienza ed efficacia dell'azione 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 (si rinvia, per tutte, alla Delibera della Sezione n. 36/2009).

Con specifico riferimento all'ambito di legittimazione soggettiva per l'attivazione di questa particolare forma di collaborazione, è ormai consolidato l'orientamento che vede, nel caso del Comune, il Sindaco quale organo istituzionalmente legittimato a richiedere il parere, in quanto riveste il ruolo di rappresentante dell'Ente. Il presente presupposto soggettivo sussiste nel quesito richiesto dal Sindaco del Comune di Milano, con nota del 23 giugno 2014.

Con riferimento alla verifica del profilo oggettivo, occorre rilevare che la disposizione contenuta nel comma 8 dell'art. 7 della legge 131 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 comma 8 prevede forme di collaborazione ulteriori 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.

La Sezione delle Autonomie, nell'adunanza del 27 aprile 2004, ha fissato principi e modalità per l'esercizio dell'attività consultiva, modificati ed integrati con le successive delibere n.5/AUT/2006 e n.9/SEZAUT/2009. Si è precisato che la funzione consultiva non può intendersi come consulenza generale agli enti, ma ristretta esclusivamente alla materia contabile pubblica, quindi ai bilanci pubblici, alle norme e principi che disciplinano la gestione finanziaria e del patrimonio o comunque a temi di carattere generale nella materia contabile.

Sono escluse le richieste che comportino valutazioni nel merito di procedimenti amministrativi già adottati.

Si è detto anche che le questioni sottoposte devono essere di carattere generale, con esclusione di quelle che comportano valutazioni su specifici casi concreti di gestione.

Inoltre, il limite della funzione consultiva, come sopra delineato, fa escludere qualsiasi possibilità di intervento della Corte dei conti nei casi di interferenza, in concreto, con competenze di altri organi giurisdizionali.

In seguito, le Sezioni riunite della Corte dei conti, intervenendo con una pronuncia in sede di coordinamento della finanza pubblica ai sensi dell'art. 17 comma 31 del d.l. n. 78/2009, convertito, con modificazioni, con legge n. 102/2009, hanno delineato una 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 del 17 novembre 2010). Il limite della funzione consultiva, come sopra delineato, fa escludere comunque qualsiasi possibilità di intervento della Corte dei conti nella concreta attività gestionale o nei casi di interferenza, in concreto, con competenze di altri organi giurisdizionali.

Tanto premesso, i quesiti oggetto della richiesta di parere del comune di Milano possono essere analizzati nei limiti in cui non risultino inammissibili alla luce delle delibere sopra indicate. In particolare, la Sezione non effettua valutazioni, in questa sede, sia sulla procedura di gara adottata, funzionale alla stipula delle due concessioni di costruzione e gestione, che sulle convenzioni già stipulate. Si tratterebbe, infatti, di esprimere un parere in merito a

specifici atti gestionali già adottati, per i quali la funzione consultiva non può svolgere la sua naturale funzione, di orientare preventivamente le scelte delle amministrazioni locali. In senso conforme si è costantemente orientata questa Sezione regionale di controllo (cfr. deliberazione n. 5/2007/PAR, n. 31/2012/PAR e, da ultimo, n. 16/2014/PAR). Nemmeno si esprime la Sezione in ordine alla decisione di stipula di una convenzione unica, nonché alle clausole in essa contenute non pertinenti con l'oggetto del presente parere.

Sempre in relazione agli atti, amministrativi o negoziali, già adottati, potendo questi ultimi essere oggetto di valutazione da parte di altro organo giurisdizionale (in primo luogo della Sezione giurisdizionale della medesima Corte dei conti), è inibita la possibilità di esprimere un parere. Infatti, in base a costante orientamento (cfr. *ex multis* Sezione delle Autonomie n. 5/AUT del 17 febbraio 2006; SRC Lombardia, deliberazione n. 391/2012/PAR e, da ultimo, n. 71/2014/PAR) non possono ritenersi procedibili, al fine di scongiurare possibili interferenze, i quesiti che possono formare oggetto di esame in sede giurisdizionale da parte di altri organi a ciò deputati.

Infine, in base a conformi precedenti, non possono essere dichiarate ammissibili le istanze di parere inerenti, puramente e semplicemente, l'interpretazione di norme afferenti il procedimento di aggiudicazione e di esecuzione di appalti pubblici e concessioni (cfr. per esempio deliberazioni n. 532/2012/PAR e n. 463/2012/PAR), le cui relative potenziali, controversie sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 133 d.lgs. n. 104/2010). Di conseguenza, profili diversi da quelli posti nell'istanza di parere, relativi alle convenzioni in fase di dichiarata stipulazione, non sono presi in esame.

Pertanto il pronunciamento della Sezione deve essere limitato, in relazione ai quesiti posti dal comune, all'individuazione della reale sussistenza, nella fattispecie prospettata, del divieto di stipula di contratti di finanza derivata da parte degli enti locali ed ai conseguenti accorgimenti, amministrativi o negoziali, tesi ad evitare che tale divieto non sia eluso mediante le clausole contenute nella convenzione di concessione di costruzione e gestione.

Esame nel merito

In via preliminare la Sezione precisa che la decisione in ordine all'applicazione in concreto delle disposizioni in materia di contabilità pubblica è di esclusiva competenza dell'ente locale, rientrando nella discrezionalità e responsabilità dell'amministrazione. Quest'ultimo, tuttavia, potrà orientare la sua decisione in base alle conclusioni contenute nel presente parere.

1. L'art. 62, comma 3, del d.l. n. 112/2008, convertito con legge n. 13/2008, come sostituito dall'art. 1, comma 572, della legge di stabilità n. 147/2013, dispone che a regioni, province autonome ed enti locali è fatto divieto, salvo quanto previsto nei successivi commi, di:

- a) stipulare contratti relativi agli strumenti finanziari derivati, elencati dall'articolo 1, comma 3, del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, d.lgs. n. 58/1998;
- b) procedere alla rinegoziazione dei contratti derivati già in essere;
- c) stipulare contratti di finanziamento che includono componenti derivate.

Il successivi commi 3 bis, 3 ter e 3 quater, introdotti dalla recente novella legislativa, precisano alcuni casi di esclusione dal divieto (tendenzialmente riconducibili alla necessità di estinzione o rinegoziazione di contratti già stipulati), precisando come in questi casi il soggetto competente per l'ente alla sottoscrizione del contratto deve attestare per iscritto di aver preso conoscenza dei rischi e delle caratteristiche del medesimo contratto, nonché delle variazioni intervenute nella copertura del sottostante indebitamento. Il comma 5 sanziona poi con la nullità (che può essere fatta valere solo dall'ente) la stipula di contratti relativi a strumenti finanziari derivati, la violazione delle disposizioni previste dal medesimo articolo o l'assenza dell'attestazione di conoscenza dei rischi discendenti dal contratto.

Per quanto interessa in questa sede, la norma esplicita in maniera chiara l'ambito soggettivo di applicazione del divieto di stipula di contratti di finanza derivata, esteso a regioni, province autonome ed agli enti locali indicati dall'art. 2 del d.lgs. n. 267/2000 (comuni, province, città metropolitane, comunità montane, comunità isolate, unioni di comuni e consorzi cui partecipano enti locali). Se ne deduce che il divieto non colpisce altri soggetti, sia che abbiano natura giuridica pubblica (la norma non menziona lo Stato, gli altri enti pubblici, economici o non economici, le agenzie fiscali, le università, etc.) che privata.

Sotto quest'ultimo profilo appare naturale che il divieto di stipula di contratti derivati non possa essere imposto a un'impresa privata, partecipante ad una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici, in particolare nel caso di una concessione di lavori o altro contratto di partenariato, in cui la prestazione del partner privato ha per oggetto (oltre ad 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) "il finanziamento totale o parziale" a suo carico (cfr. art. 3, comma 15 ter, d.lgs. n. 163/2006).

Nel reperire i finanziamenti necessari, infatti, il mercato bancario chiede usualmente al privato beneficiario (come, per esempio, emergente dalla documentazione prodotta in allegato all'istanza di parere) la stipula di contratti a copertura dei rischi discendenti dalla variazione dei tassi di interesse nel corso del tempo, *species* del più ampio *genus* dei c.d. contratti di finanza (si rinvia, per eventuali approfondimenti, a precedenti deliberazioni della scrivente Sezione regionale, fra tutte le n. 118 del 05/06/2008 e n. 996 del 11/11/2010). Nel caso di specie la stipula è in capo a un'impresa privata, soggettivamente distinta dalla pubblica amministrazione, che risponde verso i terzi degli eventuali costi e rischi discendenti dai contratti di finanza derivata solo ed esclusivamente con il proprio patrimonio.

Ai fini della risposta al primo quesito posto dal comune può essere sufficiente ricordare come ogni norma che fa eccezione ad una regola generale (in questo caso attinente alla capacità negoziale degli enti locali, ex art. 1 legge n. 241/1990) non può essere applicata oltre i casi ed i tempi da essa considerati (cfr. art. 14 delle disposizioni preliminari al codice civile).

Non interferisce, ai fini dell'eventuale integrazione del divieto, posto in capo all'amministrazione locale dall'art. 62 del d.l. n. 112/2008, il rapporto, di appalto o concessione, stipulato dal privato con la pubblica amministrazione committente/concedente.

In relazione a quest'ultimo si pone, eventualmente, l'esigenza di evitare che, a mezzo delle clausole contrattuali, si concreti un accollo ex post, da parte dell'amministrazione, dei rischi discendenti dalla stipula del contratto di finanza derivata da parte del partner contrattuale privato (aspetto di cui ci si occuperà in sede di analisi del secondo e terzo quesito posto dal comune).

1.2 La prospettiva può mutare nel caso in cui il concessionario sia una società mista, pubblico privata, partecipata con quota di maggioranza dallo stesso ente pubblico concedente, ipotesi evidenziata dal comune istante per una delle due concessioni stipulate.

Anche in questo caso, tuttavia, va rilevato come, ai sensi delle regole civilistiche, si tratti di una società avente soggettività giuridica e autonomia patrimoniale perfetta rispetto all'ente socio (cfr. art. 2325 e art. 2462 cod. civ.).

Inoltre, pure esaminando il fenomeno da una prospettiva amministrativo contabile, va evidenziato come le società miste costituiscano uno dei fenomeni, affermatosi nella prassi, di partenariato pubblico privato. Lo stesso codice dei contratti, all'art. 3, comma 15 ter, precisa che rientrano tra i contratti di partenariato pubblico privato, oltre alle concessioni di lavori e di servizi, alla locazione finanziaria, al contratto di disponibilità ed all'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, appunto le società miste.

Si tratta del c.d. partenariato pubblico privato istituzionalizzato (cfr. Libro verde della Commissione UE relativo ai partenariati pubblico privati del 30 aprile 2004), che, anche in punto di selezione del socio privato, si differenzia nettamente dal fenomeno, con cui pure in passato è stato a volte confuso, dell'affidamento *in house* a società interamente partecipata (si rinvia, in tal senso, a Consiglio di Stato, Ad. Plen., n. 1/2008). Il codice dei contratti, infatti, in modo espresso precisa, all'art. 1, comma 2, come "nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica".

Nel caso delle società miste pubblico privato, in cui quest'ultimo viene selezionato a mezzo di gara a c.d. doppio oggetto (riguardante l'affidabilità economico finanziaria, da un lato, e la capacità tecnico operativa, dall'altro, cfr. in tal senso anche la Comunicazione interpretativa della Commissione UE del 12 aprile 2008), il rapporto che si instaura con l'amministrazione

pubblica committente o concedente è ben distinto da quello esistente con una società interamente partecipata. In quest'ultima ipotesi, come noto, la presenza di un rapporto di c.d. controllo analogo a quello esercitato sui propri uffici giustifica la non applicazione delle procedure di gara (a differenza di quanto avviene nel caso della selezione del partner privato di una società mista). Inoltre, in ragione della natura sostanzialmente pubblica della società interamente partecipata, affidataria diretta di appalti o concessioni (c.d. *in house*), l'applicazione di una disciplina che si differenzia da quella cui è sottoposta un'ordinaria società di capitali, sia in punto di osservanza delle procedure di gara in caso di acquisizione di beni o servizi dall'esterno (essendo qualificata come organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 3, comma 26, del d.lgs. n. 163/2006, come reso esplicito dallo stesso legislatore in alcuni casi, cfr., per esempio, art. 3 bis, comma 6, del d.l. n. 138/2011, convertito con legge n. 148/2011), che di eventuale responsabilità dei suoi amministratori (soggetti alla giurisdizione della Corte dei conti, come recentemente chiarito dalla Cassazione a Sezioni Unite nelle sentenze n. 26283 del 25/11/2013 e n. 5491 del 28/01/2014).

In disparte i profili esaminati, la regolamentazione giuridica di una società pubblica, anche interamente partecipata, si trae dal codice civile, che si regge sul presupposto fondamentale dell'alterità soggettiva fra socio e società, e sulla conseguente autonomia patrimoniale perfetta della seconda rispetto al primo. In tal senso la giurisprudenza civile (cfr., per esempio, in materia di assoggettamento al fallimento delle società partecipate da enti locali, Cass., sez. civile, n. 22209 del 15/05/2013) e la stessa normativa di finanza pubblica (cfr., per esempio, l'art. 4, comma 13, del d.l. n. 95/2012, convertito con legge n. 135/2012, in base al quale "le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali").

Nel caso delle società miste pubblico privato, alla luce della diversa struttura e delle procedure di affidamento adottate a monte, i presupposti per l'eventuale sostanziale assimilazione ad una pubblica amministrazione e, in particolare, all'ente pubblico socio vengono meno. La società mista, infatti, in virtù della selezione pubblica effettuata a monte, rimane libera circa le procedure di affidamento degli appalti a valle, né è assimilata, dalla citata giurisprudenza della Cassazione, ad una società interamente partecipata, affidataria *in house*, ai fini della responsabilità amministrativo contabile dei suoi amministratori. Una società mista è, infine, pacificamente soggetta a fallimento.

In conclusione, l'ambito soggettivo di applicazione del divieto posto dall'art. 62, commi 3 e seguenti, del d.l. n. 112/2008, convertito con legge n. 133/2008, espressamente limitato a regioni, province autonome ed enti locali (e, per questi ultimi, proprio il comma 572 della legge di stabilità n. 147/2013 ha precisato il riferimento all'elenco contenuto nell'art. 2 del d.lgs. n.

267/2000) non sembra possa essere esteso alle società miste costituite per la costruzione e gestione di una concessione di lavori, trattandosi di soggetto avente alterità soggettiva e autonomia patrimoniale perfetta rispetto all'ente locale socio (impregiudicata l'eventuale differente valutazione effettuabile per le società interamente partecipate e affidatarie *in house* di appalti o servizi pubblici, non rilevante, tuttavia, ai fini del presente parere).

2. L'accertamento dell'eventuale integrazione del divieto legislativo, posto in capo agli enti locali, di stipula di contratti di finanza derivata si sposta pertanto sul piano negoziale, dovendosi valutare se l'articolazione delle clausole di una convenzione di concessione di costruzione e gestione possa costituire occasione per eludere il dettato normativo.

Sotto questo profilo pare opportuno premettere che la disciplina della concessione di costruzione e gestione, sia nel modello classico (artt. 142 e seguenti del d.lgs. n. 163/2006), che in finanza di progetto (artt. 152 e seguenti d.lgs. n. 163/2006), si differenzia dal mero appalto di lavori, sia sotto il profilo strutturale, avendo le caratteristiche di un contratto di durata, ad esecuzione continuativa (di qui la disciplina tesa a mantenere inalterato il sinallagma contrattuale nel corso del tempo, cfr. art. 143, commi 8 e 8 bis, d.lgs. n. 163/2006), che sotto il profilo del relativo finanziamento (in capo alla PA committente nel caso di appalto di lavori; di regola in capo al privato nel caso delle concessioni, cfr. artt. 3, comma 15 bis, e 143 del d.lgs. n. 163/2006).

In questo modulo contrattuale, avente necessariamente ad oggetto sia la costruzione che la successiva gestione, il legislatore, alla luce della prolungata durata del rapporto e della necessità di avviare la gestione dell'opera per poter ripagare il costo di costruzione (anche a favore degli istituti finanziatori), si fa carico di individuare apposita disciplina (i citati commi 8 e 8 bis dell'art. 143 del d.lgs. n. 163/2006) al fine di mantenere inalterato il sinallagma contrattuale, proprio di un contratto commutativo e non aleatorio (posto che dall'equilibrato rapporto perdurante nel tempo discende il successo dell'operazione di partenariato, che coinvolge, oltre alle parti principali del contratto, anche gli istituti di credito finanziatori).

L'art. 143, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006, come integrato dall'art. 50, comma 1, del d.l. n. 1/2012, convertito con legge n. 27/2012, prevede, a tal fine, che l'offerta ed il contratto devono contenere il piano economico-finanziario di copertura degli investimenti e della connessa gestione per tutto l'arco temporale prescelto, oltre a dover dar conto del preliminare coinvolgimento di uno o più istituti finanziatori nel progetto.

Il successivo comma 8, recentemente integrato dall'art. 19, comma 1, lett. a, n. 2, del d.l. n. 69/2013, convertito con legge n. 98/2013, esplicita il necessario equilibrio negoziale che deve presiedere i contratti di concessione di lavori, precisando che i presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio economico finanziario degli investimenti e della connessa gestione, da richiamare nelle premesse del contratto, ne costituiscono parte integrante.

Di conseguenza, le variazioni apportate dalla stazione appaltante a detti presupposti o condizioni di base, nonché le norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o che comunque incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario, previa verifica del CIPE e sentito il Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS), comportano la sua necessaria revisione, da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio (anche tramite proroga del termine di scadenza delle concessioni). La norma precisa che, in mancanza della predetta revisione, il concessionario può recedere dal contratto.

Naturalmente, nel caso in cui le variazioni apportate risultino più favorevoli al concessionario, la revisione del piano dovrà essere effettuata a favore dell'ente concedente.

Il recente comma 8 bis estende i presupposti di rivisitazione della concessione, disponendo che, ai fini dell'applicazione del precedente comma 8, la convenzione deve definire i presupposti e le condizioni di base del piano economico finanziario le cui variazioni non imputabili al concessionario, qualora determinino una modifica dell'equilibrio del piano, comportano la sua revisione. Anche in questo caso il legislatore si preoccupa del rapporto con i finanziamenti concessi, disponendo che la convenzione debba, fra l'altro, contenere una definizione di equilibrio economico finanziario che faccia riferimento ad indicatori di redditività e di capacità di rimborso del debito.

Fatte tali premesse, illustrative in sintesi della struttura del contratto di concessione di lavori, anche in finanza di progetto, e della *ratio* sottesa ad alcune scelte legislative, al fine di rispondere ai dubbi posti dal comune istante va ricordato, altresì, come la regolamentazione dei rapporti fra le parti deve essere disciplinata in modo che si mantenga quella corretta allocazione e distribuzione dei rischi che permette, ai sensi dell'ordinamento contabile comunitario (e, a cascata, di quello interno) di non considerare il contratto di partenariato pubblico privato, che ordinariamente prevede il finanziamento in capo al privato, come un'operazione di indebitamento in capo all'amministrazione concedente (in termini la definizione contenuta nell'art. 3, comma 15 ter, del d.lgs. n. 163/2006).

Se è vero, infatti, che la non congrua allocazione dei rischi di costruzione e disponibilità o gestione (cfr. decisione Eurostat dell'11 febbraio 2004) non incide sul contratto stipulato (che permane valido ed efficace), ma sulla valutazione di quest'ultimo ai fini del conseguimento degli obiettivi di adeguato rapporto fra debito pubblico o deficit e prodotto interno lordo (comportando differenti criteri di imputazione delle poste di bilancio, per le quali si rinvia alle deliberazioni di questa Sezione n. 1139/2009 e n. 439/2012/PAR, nonché alla deliberazione delle Sezioni Riunite n. 49/2011/QMIG), appare tuttavia evidente come, nella prospettiva decisionale della pubblica amministrazione, la congrua allocazione dei rischi è altresì funzionale all'equilibrata distribuzione dei diritti ed obblighi delle parti sul piano civilistico e, di

conseguenza, nel caso in esame, ad evitare l'elusione del precetto normativo posto in materia di divieto di contratti di finanza derivata.

Il secondo quesito posto dal comune chiede, infatti, se, qualora la stipula di una convenzione per la realizzazione e gestione di un'opera in project financing preveda il reperimento, a carico del concessionario, di finanziamenti bancari assistiti da contratti derivati sui tassi di interesse, sia legittimo, in caso di eventuale successiva risoluzione della convenzione per causa imputabile al concedente, riconoscere, ai sensi dell'art. 158 d.lgs. n. 163/2006, gli oneri derivanti dalla chiusura dei suddetti contratti derivati (quale, per esempio, il valore di estinzione, c.d. mark to market, ed eventuali commissioni) tra le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere, menzionati nel testo normativo.

Va premesso, in proposito, come la disciplina della risoluzione del contratto di concessione di costruzione e gestione in finanza di progetto, contenuta nel d.lgs. n. 163/2006, non sia completa. Infatti, l'art. 158 disciplina espressamente la sola ipotesi della risoluzione per inadempimento del concedente (oltre alla revoca da parte di quest'ultimo per motivi di pubblico interesse), non per colpa del concessionario. La norma prevede che, qualora il rapporto di concessione sia risolto per inadempimento del concedente ovvero quest'ultimo revochi la concessione per motivi di pubblico interesse, vadano rimborsati al concessionario:

a) il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario;

b) le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione;

c) un indennizzo, a titolo di risarcimento del mancato guadagno, pari al 10 per cento del valore delle opere ancora da eseguire ovvero della parte del servizio ancora da gestire valutata sulla base del piano economico-finanziario.

Tali somme, precisa il comma 2, sono destinate prioritariamente al soddisfacimento dei crediti dei finanziatori del concessionario (o dei possessori di titoli obbligazionari emessi dalla società di progetto ex art. 157 d.lgs. n. 163/2006) e sono indisponibili fino al completo soddisfacimento di detti crediti.

La disciplina mira in sostanza a tutelare il concessionario e, allo stesso tempo, a garantire gli istituti finanziari (o i risparmiatori) che hanno fatto affidamento sugli utili derivanti dalla successiva gestione del progetto finanziato. L'obiettivo emerge in maniera ancora più chiara nell'ipotesi di revoca, in cui il legislatore subordina la stessa efficacia del provvedimento alla condizione del pagamento, da parte del concedente, di tutte le somme previste.

Circa il quesito specifico posto dal comune, in base alla disciplina esaminata, in caso di risoluzione per colpa dell'amministrazione pubblica concedente, quest'ultima deve sopportare le conseguenze dannose del proprio inadempimento (in virtù della regola ordinaria posta dagli

articoli 1218 e 1453 del codice civile), la cui individuazione e quantificazione, in caso di contratti di concessione di lavori, è operata dal legislatore nell'art. 158 del d.lgs. n. 163/2006.

Fra le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione (lettera b della norma) possono rientrare, ove effettivamente sussistenti, gli oneri derivanti al concessionario dalla chiusura dei contratti di finanza derivati assunti a copertura del rischio di oscillazione dei tassi di interesse (quale, per esempio, il valore, c.d. *mark to market*, negativo ed eventuali commissioni), come accade usualmente nella prassi negoziale al fine di garantire la c.d. bancabilità del progetto.

Una precisazione necessaria attiene, invece, alla differente valutazione che deve compiersi nel caso in cui la risoluzione della convenzione di concessione intervenga per inadempimento del concessionario, posto che, in questo caso, nulla deve la pubblica amministrazione concedente, che risulta anche creditrice del diritto al risarcimento del danno (sia in virtù della regola generale posta dagli artt. 1218 e 1453 cod. civ., che degli artt. 136, 138 e 139 del d.lgs. n. 163/2006, richiamati, in materia di concessioni e finanza di progetto, dagli artt. 142, comma 3, e 152, comma 1, del medesimo codice dei contratti pubblici). In quest'ipotesi, infatti, un eventuale accollo, da parte dell'amministrazione concedente, dei costi derivanti al concessionario inadempiente dalla chiusura dei contratti di finanza derivata maschererebbe una sostanziale originaria assunzione di responsabilità in capo all'ente locale, eludendo il divieto posto dal citato art. 62 del d.l. n. 112/2008 (una clausola di tal fatta, inoltre, costituirebbe sintomo dell'assunzione, da parte del concedente, dei rischi derivanti dalla costruzione o dalla gestione dell'opera, passibile di qualificare, ai sensi dei criteri assunti nelle decisioni Eurostat dell'11 febbraio 2004, e successivi aggiornamenti, l'operazione come indebitamento).

3. Quanto finora esposto aiuta a fornire risposta anche all'ultimo dei dubbi posti dal comune istante, afferente il comportamento da adottare nel caso in cui la risoluzione della convenzione intervenga per causa non imputabile ad una delle parti, come, per esempio, a seguito di mancato riequilibrio del piano economico finanziario (cfr. art. 143, commi 8 e 8 bis, del d.lgs. n. 163/2006). Il comune chiede, in particolare, se sia legittimo inserire in convenzione una ripartizione del costo di rottura dei derivati secondo proporzioni predefinite, prevedendo, altresì, al solo fine di garantire la migliore bancabilità del progetto, e nella sola ipotesi che il concessionario non fosse in grado di rimborsare alle banche il debito e la quota predefinita convenzionalmente del costo di rottura del derivato posta a suo carico, che il concedente garantisca le banche per la quota residuale del costo di rottura del derivato.

Come si è visto, la disciplina legislativa delle concessioni di costruzione e gestione, anche in finanza di progetto, è costruita, da un lato, sul presupposto che la gestione dell'opera remunererà il concessionario degli oneri della costruzione e, dall'altro, sulla conseguente esigenza di garantire l'effettiva gestione da parte del concessionario per i tempi ed alle condizioni

economico finanziarie prestabilite, in modo che quest'ultimo possa onorare il debito contratto verso gli istituti finanziatori (esigenza che spinge il legislatore a prevedere la possibilità, da parte del finanziatore, di proporre all'amministrazione concedente il subentro di altra impresa in caso di inadempimento del concessionario, cfr. art. 159 d.lgs. n. 163/2006).

Funzionale a tale esigenza è la necessità che, trattandosi di un rapporto di durata, la convenzione di concessione, e l'allegato piano economico finanziario, siano rivisti a seguito del mutamento dei presupposti di fatto o di diritto in base ai quali erano stati stipulati. In virtù dei citati commi 8 e 8 bis dell'art. 143 del d.lgs. n. 163/2006, il mutamento di tali presupposti (dovuti a comportamento del concedente, all'avvento di nuove disposizioni legislative o regolamentari, comma 8; o comunque non imputabili al concessionario, comma 8 bis) comportano la revisione delle clausole convenzionali e dell'allegato piano economico finanziario. In caso di mancata revisione, il concessionario può recedere dal contratto ovvero, anche se l'ipotesi non è formalmente esplicitata, le parti possono convenire di risolvere il rapporto per mutuo consenso in applicazione delle regole generali (cfr. art. 1372 cod. civ.).

Nel caso ricorra tale evenienza gli obblighi posti in capo a ciascuna delle parti devono essere impostati in modo da evitare un improprio accollo di oneri e costi in capo all'amministrazione concedente, sia al fine di rispettare la corretta allocazione dei rischi secondo gli indirizzi comunitari, che di evitare potenziali profili di responsabilità, anche amministrativo contabile, da parte dei funzionari precedenti.

Inoltre, nel caso specifico, la ripartizione in convenzione degli oneri discendenti dalla risoluzione del rapporto per mutuo consenso (o per legittimo recesso del concessionario) deve evitare che, sull'amministrazione concedente, ricada impropriamente l'onere di ripagare i costi derivanti al concessionario dalla chiusura di contratti di finanza derivata (anche alla luce del fatto che i contratti di finanza di progetto, pur commutativi, sono caratterizzati dall'allocazione del rischio della c.d. bancabilità a carico del concessionario).

Naturalmente è necessario, al fine di delimitare la discrezionalità amministrativa, nonché di evitare un'impropria rivisitazione successiva delle clausole contrattuali a base di gara, che, nella convenzione, siano specificate le condizioni che integrano i mutamenti dei presupposti di fatto cui la legge fa riferimento (cfr. art. 143, commi 8 e 8 bis, del d.lgs. n. 163/2006) e le procedure tese al loro accertamento.

In conclusione, ferma restando l'esigenza di garantire un'allocazione dei rischi conforme agli indirizzi comunitari (al fine di non qualificare l'operazione complessiva come indebitamento dell'ente) e di evitare che le clausole contenute nella convenzione, in quanto non congrue o non economicamente equilibrate, possano essere foriere di responsabilità, anche amministrativa, in capo ai funzionari precedenti, resta nella discrezionalità dell'amministrazione concedente strutturare adeguatamente la ripartizione degli oneri discendenti dalla risoluzione della

convenzione per mutuo consenso (o per legittimo recesso del concessionario), anche al fine di non eludere il divieto normativo di stipula di contratti di finanza derivata.

P.Q.M.

nelle considerazioni esposte è il parere della Sezione

I relatori
(Donato Centrone)
(Gianluca Braghò)

Il Presidente f.f.
(Gianluca Braghò)

Depositata in Segreteria

28.07.2014

Il Direttore della Segreteria
(dott.ssa Daniela Parisini)