



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

composta dai magistrati:

dott. Nicola Mastropasqua	Presidente
dott. Giuseppe Roberto Mario Zola	Consigliere
dott.ssa Laura De Rentiis	Referendario
dott. Andrea Luberti	Referendario
dott. Paolo Bertozzi	Referendario
dott. Cristian Pettinari	Referendario (relatore)
dott.ssa Marta D'Auria	Referendario
dott. Giovanni Guida	Referendario
dott.ssa Sara Raffaella Molinaro	Referendario

nella camera di consiglio del 16 gennaio 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 20 dicembre 2013 con la quale il Sindaco del Comune di Gorlago 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;

Udito il relatore, dott. Cristian Pettinari

OGGETTO DEL PARERE

Il Sindaco del Comune di Gorlago (BG) ha posto alla Sezione i seguenti quattro quesiti:

1) "conferma" del fatto che l'utilizzo del contratto di disponibilità – qualora siano trasferiti sul soggetto privato il "rischio di costruzione" e almeno uno tra "rischio di disponibilità" e "rischio di domanda" – non costituisce una forma di indebitamento per l'ente locale;

2) "conferma" del fatto che la scelta della "metodologia di realizzazione" delle opere pubbliche rientra tra le "funzioni proprie" dell'ente locale, "rimanendo inteso che essa dovrà essere ben ponderata e supportata da analisi economiche-finanziarie preliminari";

3) l'"incidenza" del canone annuale del contratto di disponibilità – canone che il Comune si obbliga a corrispondere alla controparte privata "per tutta la durata del contratto" – sul rispetto del c.d. "patto di stabilità" interno;

4) la corretta "allocazione" di detto canone tra le partite di bilancio.

PREMESSO IN FATTO

1.- Premette l'istante che l'amministrazione comunale di Gorlago, nel perseguire l'obiettivo programmatico del miglioramento qualitativo della realtà urbana e sociale del territorio, è intenzionata ad intervenire su uno spazio pubblico attualmente adibito a parcheggio riqualificandolo in area comunale destinata a mercato; a tal fine, detta amministrazione intende realizzare una serie di opere funzionali al progetto mediante partenariato pubblico-privato (PPP), con il coinvolgimento di un soggetto privato nelle fasi di progettazione, realizzazione, manutenzione e finanziamento. Il Comune chiarisce, in particolare, di aver intenzione di realizzare le seguenti "opere": a) una nuova pavimentazione; b) l'eliminazione delle barriere architettoniche; c) un nuovo arredo urbano; d) la piantumazione con nuove essenze arboree; e) stalli di sosta per persone diversamente abili; f) spazi riservati ai mezzi di soccorso e allo scarico/carico merci.

Detto Comune dà atto di aver "attentamente ponderato" – nell'analisi costi/benefici delle diverse metodologie di realizzazione dell'opera pubblica – la scelta dell'utilizzo del "contratto di disponibilità", definendo conseguentemente clausole contrattuali che "addossino", secondo il modello Eurostat, il "rischio di costruzione" e il "rischio di disponibilità" sul soggetto privato: esemplificativamente, il Comune istante ricorda che si è valutata la previsione di pagamenti, da parte dell'ente locale, solo successivi (e condizionati) al positivo collaudo dell'opera, nonché la previsione dell'obbligo del privato di garantire la perfetta manutenzione ordinaria e

straordinaria del bene per l'intera durata del contratto, stabilendosi penali in caso di scostamenti dagli *standard* prestazionali richiesti e finanche prevedendosi lo scioglimento del contratto oltre una "soglia d'inadempienza" pattizamente stabilita.

Precisa altresì l'istante che alcune attività di manutenzione (nello specifico: pulizia, sgombero neve e taglio dell'erba) rimarranno in capo al Comune, perché il trasferimento degli obblighi connessi in capo al privato comporterebbe "un aumento non giustificabile economicamente del canone di disponibilità".

CONSIDERATO IN DIRITTO

Il primo punto da esaminare concerne la verifica in ordine alla circostanza se la richiesta proveniente dal Comune di Gorlago 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 del 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 dell'ente 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.

AMMISSIBILITÀ SOGGETTIVA

Riguardo all'individuazione dell'organo legittimato ad inoltrare le istanze di parere dell'ente, si osserva che il Sindaco del Comune è organo istituzionalmente legittimato a richiedere detto parere in quanto riveste il ruolo di rappresentante dell'ente ai sensi dell'art. 50 T.U.E.L.

Da questo punto di vista, in attesa che il Consiglio delle Autonomie locali della Lombardia eserciti pienamente le funzioni ad esso deferite dall'art. 7, comma 8, della legge n. 131 del 2003, la richiesta di parere deve essere dichiarata ammissibile (v. deliberazione n. 16/2014/PAR di questa Sezione).

AMMISSIBILITÀ OGGETTIVA

Con riferimento alla verifica del profilo oggettivo, occorre rilevare che la disposizione, contenuta nel comma 8 dell'art. 7 della legge 131 del 2003, deve essere raccordata con il precedente comma 7, norma che attribuisce alla Corte dei conti la funzione di verificare: *a)* il rispetto degli equilibri di bilancio; *b)* il perseguimento degli obiettivi posti da leggi statali e regionali di principio e di programma; *c)* 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, dall'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 per la connessione con le funzioni sostanziali di controllo collaborativo a dette Sezioni 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 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 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 considerato.

Con specifico riferimento alla richiesta oggetto della presente pronuncia, complessivamente intesa nei suoi profili sostanziali, la Sezione osserva che essa rientra nella materia della contabilità pubblica, poiché attiene all'impatto che il c.d. "contratto di disponibilità"

(disciplinato dall'art. 160-*ter* del D.Lgs. n. 163 del 2006) 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; può essere dunque esaminata nel merito.

MERITO

In via preliminare, la Sezione precisa che *a)* la decisione se procedere o meno alla stipula del contratto, *b)* la formulazione delle relative clausole e *c)* la valutazione degli specifici profili economici dell'operazione attengono al merito dell'azione amministrativa e rientrano, pertanto, nella piena ed esclusiva discrezionalità e responsabilità dell'ente, che potrà orientare la propria decisione in base alle conclusioni contenute nel parere della Sezione.

Sempre in via preliminare, si deve poi ricordare che la Sezione si è già pronunciata sul nuovo strumento del contratto di disponibilità, introdotto nell'ordinamento dall'art. 44, comma 1, lett. *a)*, del D.L. n. 1 del 2012, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 27 del 2012, esaminandone analiticamente la causa e la disciplina specifica (deliberazione n. 439/2012/PAR). Il Comune istante mostra di conoscere tale parere, tanto che chiede, nella sostanza, "conferme" delle conclusioni ivi raggiunte.

Come s'è già avuto modo di rilevare sulla base del tenore testuale delle disposizioni rilevanti (art. 3, comma 15-*bis*, e 160-*ter* del c.d. Codice dei contratti pubblici), detto contratto si definisce 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».

Con detta espressione si intende, in particolare, l'assunzione da parte del concedente del rischio di assicurare all'amministrazione aggiudicatrice la costante fruibilità dell'opera, nel rispetto dei parametri di funzionalità previsti dal contratto.

L'affidatario del contratto di disponibilità è retribuito alternativamente con una delle seguenti modalità: *a)* con un canone di disponibilità, che deve essere versato soltanto in corrispondenza all'effettiva disponibilità dell'opera (il canone deve infatti esser proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o nulla disponibilità dell'opera stessa per manutenzione, vizi o qualsiasi motivo non rientrante tra i rischi a carico dell'amministrazione aggiudicatrice specificamente stabiliti dall'art. 160-*ter*, comma 3, del Codice); *b)* con un eventuale riconoscimento di un contributo in corso di realizzazione, 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)* con «un eventuale prezzo di trasferimento, parametrato, in relazione ai canoni già versati e all'eventuale contributo in corso d'opera, al valore di mercato residuo dell'opera, da

corrispondere, al termine del contratto, in caso di trasferimento della proprietà dell'opera all'amministrazione aggiudicatrice».

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». Salva diversa determinazione contrattuale e salva comunque la facoltà per l'affidatario di introdurre varianti finalizzate ad una maggior economicità di costruzione o gestione, 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 aggiudicatore (tali ultimi enunciati sono stati aggiunti nel corpo dell'art. 160-ter del Codice dei contratti pubblici dall'art. 4-bis, comma 1, lett. a, del D.L. n. 83 del 2012, convertito con modificazioni dalla legge n. 134 del 2012).

Così succintamente ricostruita la disciplina legislativa del contratto, giova ricordare che nella deliberazione prima richiamata s'è osservato, sulla base di detta normativa, che: a) 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)" (Corte dei Conti, sez. contr. Puglia, del. n. 66/PAR/2012; sez. contr. Lombardia, del. n. 439/2012/PAR); b) il legislatore ha inteso riconoscere ai contraenti ampia autonomia in materia, dando loro la possibilità – anche in sede di regolamentazione contrattuale dei reciproci obblighi – 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 (Corte dei Conti, sez. contr. Lombardia, 439/2012/PAR). Da ciò se ne è desunto 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". Al riguardo, s'è peraltro rilevato che non si deve limitare l'analisi al singolo negozio, ma estendere la stessa agli eventuali negozi collegati, dovendo essere valutata la complessiva operazione economica.

Tale ultima affermazione ha conseguenze dirette anche sulla disciplina applicabile, che risentirà del concreto atteggiarsi del negozio (ovvero dei negozi collegati, potendo le parti, come s'è detto, perseguire un risultato economico unitario attraverso una pluralità di negozi funzionalmente collegati).

Tuttavia, in questa sede, ci si limiterà ad enucleare indicazioni di carattere generale che non tengono conto delle specifiche pattuizioni che potrebbero essere inserite nel regolamento contrattuale e che, inevitabilmente, incidono sulla "causa giuridica" in concreto realizzata dalle parti con l'operazione negoziale. Al riguardo, si sottolinea comunque che l'ente locale deve attentamente valutare, nella fattispecie, ogni circostanza rilevante ai fini del riparto dei rischi, tenendo presente tutti gli elementi fattuali, ivi compresi la proprietà dell'area su cui insiste l'opera pubblica e l'operare degli istituti generali del diritto dei beni immobili, istituti che possono determinare anche effetti di accessione delle opere incorporate nel suolo; va altresì valutata, sempre in concreto, la tipologia delle obbligazioni assunte dall'ente in relazione alla conduzione e alla manutenzione delle opere, obbligazioni che possono determinare un'alterazione del riparto del rischio tra le parti e quindi finanche precludere la possibilità stessa di ricorrere al contratto di disponibilità.

Quanto alla disciplina contabile del contratto di disponibilità, oggetto degli specifici quesiti posti dall'ente territoriale, la Sezione ha già osservato in linea generale che le operazioni di *partnership* tra pubblico e privato sono oggi espressamente disciplinate dall'art. 3, comma 15-*ter*, del D.Lgs n. 163 del 2006, che le definisce come "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" (deliberazione n. 248/2013/PAR di questa Sezione).

In altre parole, elemento caratteristico di tali operazioni – entro cui vanno annoverati, oltre al contratto di disponibilità, *a)* la concessione di lavori; *b)* la concessione di servizi; *c)* la locazione finanziaria; *d)* la finanza di progetto; *e)* le società miste; *f)* l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi – è la suddivisione del rischio economico tra P.A. e privato, che giustifica un trattamento contabile parzialmente diverso, in dipendenza delle possibili evenienze, di tali negozi rispetto all'ordinario contratto di appalto; le diverse ipotesi – come rilevato anche dalle Sezioni riunite di questa Corte in sede di controllo, sia pure con riferimento non al contratto di disponibilità, con deliberazione di indirizzo del 16 settembre 2011, n. 49 – devono essere in particolare distinte sulla base dei criteri elaborati dall'*Ufficio Statistico dell'Unione Europea* (EUROSTAT) che, nello specifico, ha affrontato il tema con determinazione datata 11 febbraio 2004: in linea con il Sistema Europeo dei Conti "SEC 95", Eurostat ha stabilito nella sostanza che i beni oggetto delle operazioni di partenariato 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, cioè 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 (i criteri sono stati successivamente chiariti in sede di elaborazione della terza versione del SEC 95 sul disavanzo e sul debito pubblico, pubblicata ad ottobre 2010).

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.

Sulla base degli enunciati criteri, questa Sezione ha peraltro già osservato che l'ampia autonomia negoziale riconosciuta ai contraenti dall'art. 160-ter del Codice dei contratti impone cautele non solo in riferimento all'indebitamento dell'ente locale, ma anche in sede di contabilizzazione dell'operazione in termini finanziari: i pagamenti dei canoni di disponibilità, al fine del calcolo per il rispetto degli obiettivi del Patto di Stabilità interno, possono infatti esser imputati al Titolo I della Parte "Spesa", cioè alle "Spese correnti", del bilancio di previsione solo nell'ipotesi in cui, applicando rigorosamente il criterio del riparto dei rischi tra soggetto pubblico e privato, il contratto di disponibilità non costituisca in concreto una forma di indebitamento; altrimenti, l'imputazione della spesa seguirà la disciplina giuridica propria della forma d'indebitamento in concreto realizzata (deliberazione n. 439/2012/PAR di questa Sezione).

In ultimo il Comune istante chiede a questa Corte "conferma" del fatto che la scelta della "metodologia di realizzazione" delle opere pubbliche rientri tra le "funzioni proprie" dell'ente locale. Al riguardo, basti rilevare che tale scelta ricade in una sfera d'autodeterminazione in cui si esplica pienamente il potere discrezionale dell'ente, nei limiti in cui l'esercizio di tale potere non incontri espressi divieti legislativi o confligga con norme imperative.

P.Q.M.

Nelle considerazioni esposte è il parere della Sezione.

Il Relatore

(Dott. Cristian Pettinari)

Il Presidente

(Dott. Nicola Mastropasqua)

Depositata in Segreteria il

21 gennaio 2014

Il Direttore della Segreteria

(Dott.ssa Daniela Parisini)