

REPUBBLICA ITALIANA
La
Corte dei conti
in
Sezione regionale di controllo per la Puglia

Nella camera di consiglio del 9 giugno 2017 composta da:

Presidente di Sezione	Agostino Chiappiniello	
Consigliere	Stefania Petrucci	Relatore
Primo Referendario	Rossana De Corato	
Primo Referendario	Cosmo Sciancalepore	
Referendario	Carmelina Addresso	
Referendario	Michela Muti	

ha assunto la seguente deliberazione

sulla richiesta di parere formulata dal Sindaco del Comune di Bari pervenuta in data 16/05/2017 prot. n. 2471;

Vista l'ordinanza n. 69/2017 con la quale è stata convocata la Sezione Regionale di Controllo per il giorno 9/06/2017;

udito il relatore Consigliere Dott. Stefania Petrucci;

Ritenuto in

FATTO

Il Sindaco del Comune di Bari, dopo aver richiamato il dettato dell'art. 207, comma 3, del Tuel, come modificato dall'art. 74 del D. Lgs. n. 118/2011, in materia di concessione di garanzia fideiussoria anche a favore di terzi che possono essere destinatari di contributi agli investimenti finanziati da debito, specifica che il rilascio della fideiussione da parte dell'Ente costituisce condizione imprescindibile per l'accensione del mutuo a sua volta determinante per consentire investimenti finalizzati alla realizzazione di interventi di carattere sociale con evidenti ampie ricadute sul territorio e la popolazione consentendo la piena attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale a cui si ispira ogni interazione pubblico/privato.

In particolare, il Sindaco di Bari rileva che il disposto dell'art. 207 del Tuel, pur finalizzando il rilascio della fideiussione all'assunzione di mutui destinati alla

realizzazione o alla ristrutturazione di opere, non specifica in maniera esplicita ed incontrovertibile il limite temporale in cui sia ammissibile il rilascio della fideiussione in relazione allo stato di progettazione/esecuzione delle opere.

Conseguentemente, il Sindaco chiede alla Sezione se, nel caso in cui le opere di investimento risultino essere già completate al momento della richiesta di fideiussione, sebbene con ulteriori risorse private del terzo non assistite da fideiussione, sia possibile considerare ancora operante la facoltà per l'Ente di rilascio su queste risorse di garanzia fideiussoria, sempre nel rispetto di tutte le condizioni imposte dalla normativa.

DIRITTO

Preliminarmente, occorre valutare i profili di ricevibilità e di ammissibilità della richiesta di parere alla luce dell'art. 7, comma 8, della L. 05/06/2003 n. 131 che conferisce a Regioni, Comuni, Province e Città Metropolitane la possibilità di richiedere alle Sezioni Regionali di Controllo della Corte dei Conti pareri in materia di contabilità pubblica.

L'art. 10 *bis* del D. L. 24/06/2016 n. 113, convertito dalla L. 7/08/2016 n. 160, ha aggiunto alla norma su richiamata che le richieste di parere in materia di contabilità pubblica «possono essere rivolte direttamente alla Sezione delle autonomie della Corte dei conti: per le Regioni, dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e dalla Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome; per i Comuni, le Province e le Città metropolitane, dalle rispettive componenti rappresentative nell'ambito della Conferenza unificata».

In relazione ai profili di ricevibilità, la Sezione osserva che la richiesta di parere è stata sottoscritta dal Sindaco organo rappresentativo dell'Ente e pertanto legittimato a promuovere l'attività consultiva della Corte dei Conti.

Non può ritenersi di ostacolo alla ricevibilità della richiesta la mancanza nella Regione Puglia del Consiglio delle Autonomie Locali che, ai sensi dell'art. 123 della Costituzione, nel testo introdotto dalla L. Cost. 18/10/2001 n. 3, deve essere disciplinato dallo Statuto di ogni Regione, quale organo di consultazione tra la Regione stessa e gli Enti locali.

Il Consiglio delle Autonomie Locali, se istituito, è quindi destinato a svolgere, secondo il dettato dell'art. 7, comma 8°, della L. n. 131/2003, una funzione di filtro per le richieste di parere da sottoporre alle Sezioni Regionali di Controllo.

Invero, l'art. 45 dello Statuto della Regione Puglia, approvato con L. R. 12/05/2004 n. 7, ha previsto l'istituzione del Consiglio delle Autonomie Locali e con la successiva L. R. del 26/10/2006 n. 29 sono state disciplinate le modalità di composizione, elezione e competenze.

Tuttavia, rilevato che allo stato attuale il Consiglio delle Autonomie Locali non è tuttora operante, la Sezione ritiene ricevibile la richiesta di parere.

Accertata la ricevibilità della richiesta, occorre ora analizzarne i profili di ammissibilità.

La Corte dei Conti, secondo il disposto dell'art. 7, comma 8°, della L. n. 131/2003, può rendere pareri in materia di "*contabilità pubblica*".

Il Collegio evidenzia che, le Sezioni Riunite in sede di Controllo, con la deliberazione n. 54 depositata in data 17/11/2010 resa in sede di coordinamento della finanza pubblica ai sensi dell'art. 17, comma 31, del D. L. 1/07/2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla L. 3/08/2009, n. 102, condividendo l'orientamento già espresso dalla Sezione delle Autonomie con la deliberazione n. 5 del 17/02/2006, hanno affermato che la nozione di "*contabilità pubblica*" strumentale alla funzione consultiva deve assumere un ambito limitato alle normative ed ai relativi atti applicativi che disciplinano l'attività finanziaria che precede o che segue i distinti interventi di settore, ricomprendendo in particolare la disciplina inerente la gestione dei bilanci ed i relativi equilibri, l'acquisizione delle entrate, l'organizzazione finanziaria-contabile, la gestione delle spese, la disciplina del patrimonio, l'indebitamento, la rendicontazione ed i relativi controlli.

Le Sezioni Riunite hanno, inoltre, sottolineato che *il concetto di contabilità pubblica consiste nel sistema di principi e di norme che regolano l'attività finanziaria e patrimoniale dello Stato e degli Enti pubblici*.

Per consolidato orientamento delle Sezioni Regionali di Controllo, fatto proprio anche da questa Sezione, la funzione consultiva assegnata alla Corte dei conti deve trattare ambiti ed oggetti di portata generale e non fatti gestionali specifici; non può riguardare provvedimenti già formalmente adottati non potendo tramutarsi in una verifica postuma di legittimità e non può interferire con le funzioni assegnate ad altre Magistrature o alla stessa Corte.

Ritiene il Collegio che il quesito, da ricondurre in ogni caso a generalità ed astrattezza, possa reputarsi riconducibile nell'ambito della materia della contabilità pubblica poiché inerente l'interpretazione della disciplina in materia di rilascio di garanzie fideiussorie da parte degli enti locali e che incide anche nella determinazione dei limiti di indebitamento.

Tuttavia, rilevato che il quesito potrebbe, peraltro, involgere problematiche inerenti i rapporti contrattuali tra l'ente ed il terzo generando interferenze con le funzioni spettanti ad altre magistrature o a questa Corte, questa Sezione osserva che verrà evidenziata la normativa in materia alla luce della più recente normativa e giurisprudenza di controllo, spettando esclusivamente all'ente locale ogni valutazione sulla concreta attività da intraprendere.

L'art. 207 del Tuel, come modificato dall'art. 74 del D. Lgs. n. 118/2011, consente agli enti locali di rilasciare, in seguito ad apposita deliberazione consiliare, garanzia fideiussoria per l'assunzione di mutui destinati ad investimenti e per altre operazioni di indebitamento estendendo tale possibilità anche in favore di soggetti terzi destinatari di contributi agli investimenti finanziati da debito e con la finalità di procedere all'assunzione di mutui destinati alla realizzazione o alla ristrutturazione di opere a fini culturali, sociali o sportivi, su terreni di proprietà dell'ente locale, purché siano sussistenti le seguenti condizioni: a) il progetto sia stato approvato dall'ente locale e sia stata stipulata una convenzione con il soggetto mutuatario che regoli la possibilità di utilizzo delle strutture in funzione delle esigenze della collettività locale; b) la struttura realizzata sia acquisita al patrimonio dell'ente al termine della concessione; c) la convenzione regoli i rapporti tra ente locale e mutuatario nel caso di rinuncia di questi alla realizzazione o ristrutturazione dell'opera.

Il legislatore dell'armonizzazione ha poi previsto, all'art. 11 del citato D. Lgs n. 118/2011, la necessaria indicazione, nella nota integrativa al bilancio e nella relazione sulla gestione allegata al rendiconto, dell'elenco delle garanzie principali o sussidiarie prestate dall'ente a favore di enti o di altri soggetti.

Le garanzie concesse dagli enti territoriali devono, altresì, essere menzionate nei conti d'ordine dello stato patrimoniale secondo quanto richiesto dal punto 7.2 dell'allegato 4/3 al D. Lgs. n. 118/2011, recante il principio contabile applicato concernente la contabilità economico-patrimoniale.

L'art. 3, comma 17, della L. n. 350/2003, come modificato da ultimo dall'art. 75 del D. Lgs. n. 118/2011, al secondo periodo, precisa, inoltre, che, dal 2015, gli enti possono rilasciare garanzie solo a favore dei soggetti che possono essere destinatari di contributi agli investimenti finanziati da debito e per finalità di investimento.

La concessione di garanzie è, quindi, correlata dall'ordinamento ad operazioni di indebitamento tese a realizzare un investimento per l'ente locale nel rispetto della regola aurea posta dall'art. 119, ultimo comma, della Costituzione che vieta il ricorso all'indebitamento per spese diverse da quelle di investimento.

Deve aggiungersi che la concessione di garanzie incide, poi, sulla capacità complessiva di indebitamento degli enti ed al riguardo l'art. 207, comma 4, del Tuel, dispone che gli interessi annuali relativi alle operazioni di indebitamento garantite con fideiussione concorrono alla formazione del limite di indebitamento determinato dall'articolo 204 del Tuel e non possono impegnare più di un quinto di tale limite.

Questa Sezione, con deliberazione n. 109/2015/PAR, ha già avuto modo di affermare che la possibilità di un ente locale di rilasciare garanzia fideiussoria è subordinata alla verifica dei presupposti e delle condizioni fissate dal legislatore in relazione alla materia dell'indebitamento ed al rispetto dei principi costituzionali non solo del su richiamato articolo 119, ma anche dell'art. 97 della Costituzione secondo il quale

le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico".

Come chiarito dalla Sezione delle Autonomie, con deliberazione n. 30/SEZAUT/2015/QMIG, l'individuazione dei soggetti a favore dei quali gli enti possono rilasciare garanzie - in quanto destinatari di contributi agli investimenti finanziati da debito - deve tener conto della natura degli stessi investimenti e della loro finalizzazione.

Con la medesima deliberazione, la Sezione delle Autonomie, dopo aver osservato che la nozione di "spesa di investimento" è più restrittiva di quella di spesa in conto capitale e che i contributi agli investimenti si distinguono dai trasferimenti in conto capitale poiché si realizzano quando il netto patrimoniale risulta incrementato dall'operazione in conto capitale, ha concluso che *"solo gli strumenti di finanziamento di spese di investimento propriamente dette possono essere assistiti da tali garanzie, pena la violazione dell'art. 119, comma 6, della Costituzione"* e che i soggetti destinatari del rilascio di garanzie devono essere individuati con riguardo alla finalità degli investimenti finanziati, che devono rientrare necessariamente fra le tipologie di cui all'art. 3, comma 18, l. n. 350/2003, secondo la nozione di investimento per l'ente territoriale che fornisce la garanzia.

Nell'ipotesi prospettata dall'Ente richiedente, tuttavia, pur facendosi inizialmente richiamo al rilascio della fideiussione quale *"condizione imprescindibile per l'accensione del mutuo, a sua volta determinante per consentire investimenti"*, si segnala che *"l'opera di investimento risulta già completata al momento della richiesta di fideiussione"*.

Osserva il Collegio che, nelle ipotesi di opera pubblica già realizzata ed acquisita al patrimonio dell'Ente pubblico, potrebbe venir meno il requisito della correlazione della concessione della garanzia connessa ad un'operazione di indebitamento qualora risulti già completamente realizzato l'investimento e conseguentemente già conseguito un incremento patrimoniale per l'Ente, poiché, in tal caso, la garanzia risulterebbe avulsa dall'attività di investimento, secondo la nozione definita dall'art. 3, comma 18, della L. n. 350/2003.

Al riguardo, la Sezione del controllo per la Regione Sardegna, con deliberazione n. 6/2011/PAR, ha rilevato che: *"nel caso di opera interamente realizzata a regola d'arte dal terzo ovvero già completata nel rispetto delle clausole convenzionali a suo tempo concordate, l'interesse primario dell'ente locale proprietario alla realizzazione dell'investimento risulta sostanzialmente già conseguito. Quindi, la sopraggiunta necessità di contrarre il mutuo non può che discendere da esigenze proprie esclusivamente del terzo"* ed ove *"si ammettesse che la conclusione delle opere non sia di per sé preclusiva per la richiesta del mutuo e della successiva concessione della*

fideiussione, si concretizzerebbe una anomala applicazione dell'istituto della garanzia".

Deve, inoltre, aggiungersi che il contratto di fideiussione costituisce, come noto, un negozio giuridico accessorio ad un'obbligazione di carattere principale e che, tale accessorieta' rispetto al debito principale assume carattere ancor più rilevante proprio per gli enti territoriali stante la vigenza in materia di indebitamento di stringenti vincoli qualitativi e quantitativi.

Il quadro ordinamentale in materia di concessione di garanzie assume, quindi, carattere restrittivo sia perché necessariamente correlato alla realizzazione di un investimento, nel rispetto dell'art. 119 della Costituzione, per l'ente locale concedente la garanzia, ma anche per il possibile rischio di escussione che viene assunto dall'Ente.

Ai sensi dell'art. 3, comma 17, della L. n. 350/2003, come modificato dall'art. 75 del D. Lgs. n. 118/2011, costituiscono, infatti, fattispecie di indebitamento, ai sensi dell'art. 119, ultimo comma della Costituzione, anche il residuo debito garantito dall'ente a seguito della definitiva escussione della garanzia ed il residuo debito garantito a seguito dell'escussione della garanzia per tre annualità consecutive, fermo restando il diritto di rivalsa nei confronti del debitore originario.

La Sezione ribadisce, dunque, la necessità che l'obbligazione giuridica accessoria rappresentata dalla fideiussione sia connessa ad una operazione di indebitamento volta alla realizzazione di un investimento nel rispetto della già richiamata regola aurea di cui all'art. 119 della Costituzione, spettando esclusivamente alla piena discrezionalità dell'ente locale la concreta valutazione dell'operazione di ricorso all'indebitamento ed all'eventuale rilascio di garanzia, nel rispetto di tutte le condizioni previste dall'art. 207 del Tuel.

Rilevato, inoltre, che il quesito proposto dall'ente si sofferma anche sulle possibili interazioni tra pubblico e privato che potrebbero contribuire a garantire la piena attuazione del principio di sussidiarietà, questa Sezione evidenzia che, per valutare, anche ai fini di contabilità pubblica, un intervento di partenariato pubblico-privato è necessario tener conto della ripartizione dei rischi tra soggetto pubblico e soggetto privato.

L'art. 3, lett. eee), del D. Lgs. n. 18/04/2016 n. 50, recante il riordino della disciplina in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, fornisce la definizione di «contratto di partenariato pubblico privato», quale contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo

sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore.

Si rammenta, infatti, che, secondo la decisione Eurostat "*Treatment of public-private partnerships*" dell'11 febbraio 2004, i beni oggetto di tali operazioni non devono essere registrati nei conti delle pubbliche amministrazioni, ai fini del calcolo dell'indebitamento netto e del debito soltanto se vi è un sostanziale trasferimento di rischio dalla parte pubblica alla parte privata e ciò avviene quando il soggetto privato assuma il rischio di costruzione nonché almeno uno dei due rischi di disponibilità o di domanda e che il *Manual on Government Deficit and Debt* (MGDD) Eurostat precisa che le garanzie possono comportare l'iscrizione o la riclassificazione dell'asset *on balance* quando assicurano un'integrale copertura del debito o un rendimento certo del capitale investito dal soggetto privato e che qualora le garanzie, unitamente al contributo pubblico, superino il 50 per cento del costo dell'opera, determinano la contabilizzazione dell'asset *on balance*.

Occorre, peraltro, porre in evidenza che, allo stato attuale, l'art. 4, comma 1, lett. d), del D. Lgs. 19/04/2017 n. 56, correttivo al codice degli appalti, ha modificato l'art. 3, lett. eee), del citato D. Lgs. n. 50/2016 recante la su richiamata definizione di contratto di partenariato pubblico privato circoscrivendo l'applicazione dei contenuti delle decisioni Eurostat ai "*soli profili di tutela della finanza pubblica*" che devono, quindi, necessariamente tener conto del rispetto degli equilibri e del pareggio di bilancio e del divieto di indebitamento per spesa corrente.

Con determinazione n. 10 del 23/09/2015, l'Autorità nazionale anticorruzione ha, inoltre, rilevato che il nuovo Manuale sul debito Eurostat "*estende l'applicazione delle regole in materia anche ai casi in cui un'amministrazione fornisca una garanzia al partner non direttamente legata al debito contratto in relazione a uno specifico progetto in partenariato*".

L'individuazione dei rischi delle operazioni di partenariato è in ogni caso dettagliata dall'art. 3 del D. Lgs. n. 50/2016 ove si specifica che il "rischio di costruzione" può derivare dal ritardo nei tempi di consegna, dal non rispetto degli standard di progetto, dall'aumento dei costi, da inconvenienti di tipo tecnico nell'opera e dal mancato completamento dell'opera; il "rischio di disponibilità" è legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti ed il "rischio di domanda" da soddisfare è il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa.

Questa Sezione ha chiarito che il rischio di domanda costituisce di un rischio tipico delle c.d. "opere calde", cioè capaci di produrre flussi di cassa derivanti dal pagamento da parte degli utenti di un canone di una o tariffa legati alla gestione economica dell'opera stessa (deliberazioni n. 66/PAR/2012 e n. 161/PAR/2013).

L'art. 180, comma 3, del medesimo D. Lgs. n. 50/2016 precisa, inoltre, che, nel contratto di partenariato pubblico privato, il trasferimento del rischio in capo all'operatore economico comporta l'allocazione a quest'ultimo, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, del rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell'opera ed al comma 6 aggiunge che l'equilibrio economico finanziario, ovvero la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria, rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al comma 3.

La norma in esame contempla anche l'ipotesi di concessione di garanzie da parte dell'ente pubblico stabilendo che: *"l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al quarantanove per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari"*.

Ed, infatti, anche il sistema europeo dei conti nazionali e regionali nell'Unione europea (SEC 2010) approvato con regolamento (UE) n. 549/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, al paragrafo 20.284, chiarisce che i rischi ed i benefici spettano all'operatore se il rischio di costruzione e i rischi di domanda o di disponibilità sono stati effettivamente trasferiti, mentre un finanziamento maggioritario o *"garanzie che coprono una maggioranza del finanziamento"*, indicano l'assenza dell'effettivo trasferimento di detti rischi.

La presenza di garanzie prestate dall'amministrazione può, quindi, costituire prova dell'allocazione dei rischi a carico della parte pubblica e pertanto l'Ente deve effettuare un'attenta analisi dei rischi a carico di ciascuna parte contrattuale (Sezione regionale di controllo per la Puglia, deliberazione n. 161/PAR/2013).

Pertanto, il Collegio ribadisce che è rimessa alle scelte discrezionali del Comune ogni eventuale attività in materia nel rispetto della normativa vigente appena enunciata.

P Q M

Nelle su esposte considerazioni è il parere della Sezione.

Dispone che la presente deliberazione sia trasmessa, a cura del preposto al Servizio di supporto, al Sindaco del Comune di Bari.

Così deliberato in Bari, nella Camera di consiglio del 9 giugno 2017.

Il Magistrato Relatore

Il Presidente

F.to Stefania Petrucci

F.to Agostino Chiappiniello

Depositata in Segreteria il 12 giugno 2017

Il Direttore della segreteria

F.to Marialuce Sciannameo