



LA CORTE DEI CONTI
SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA LOMBARDIA

composta dai magistrati:

dott.ssa Simonetta Rosa	Presidente
dott. Luigi Burti	Consigliere
dott.ssa Laura De Rentiis	Primo Referendario
dott. Paolo Bertozzi	Primo Referendario
dott. Cristian Pettinari	Referendario
dott. Giovanni Guida	Referendario
dott.ssa Sara Raffaella Molinaro	Referendario (relatore)

nella camera di consiglio del giorno 10 ottobre 2017 ha assunto la seguente

DELIBERAZIONE

Vista la nota 28 settembre 2017 (prot. Corte dei conti n. 14146) con la quale il Sindaco del Comune di Flero ha rivolto alla Sezione una richiesta di parere ai sensi dell'articolo 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131;

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 magistrato relatore, dott.ssa Sara Raffaella Molinaro;

PREMESSO IN FATTO

Il Sindaco del Comune di Flero ha formulato una richiesta di parere in merito alle modalità di contabilizzazione di un'operazione di paternariato pubblico privato.

In particolare, il rappresentante dell'Ente svolge le seguenti considerazioni introduttive:

- *"nel contratto di PPP disciplinato dall'art. 180 del Dlgs 50/2016 l'investimento viene ripagato integralmente attraverso il ricorso allo strumento del canone, con il quale viene raggiunto l'equilibrio economico-finanziario, previsto dall'art. 3, comma 1, lett. fff), del D. Lgs. n. 50/2016";*

- *"affinchè il progetto raggiunga l'equilibrio economico-finanziario come sopra esposto, occorre che la corresponsione del canone ripaghi l'investimento e gli interessi. Il canone, diversamente dal prezzo, non è certo, ma variabile, e dipende dall'effettiva funzionalità del servizio che deve rispettare i livelli qualitativi e quantitativi pattuiti; in caso contrario, esso può essere decurtato, o a fronte di totale disservizio, non dovuto; e la variazione del canone deve essere tale da incidere sul valore, e conseguentemente sul recupero, dell'investimento";*

- *"nell'ipotesi in cui non venga raggiunto l'equilibrio economico-finanziario, ex. art. 3, comma 1, lett. fff), del D. Lgs. n. 50/2016, attraverso il versamento del canone, in quanto quest'ultimo non è sufficiente a coprire l'investimento e gli interessi, l'art. 180, comma 6, del D. Lgs. n. 50/2016, prevede che l'amministrazione aggiudicatrice, possa stabilire, "ai soli fini del raggiungimento di detto equilibrio" un prezzo consistente in un contributo pubblico, che non può essere superiore al quarantanove per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri*

finanziari. Si tratta tuttavia di una mera eventualità prevista per le ipotesi di non equilibrio, ossia quando il versamento del canone non ripaga l'investimento e quindi non viene raggiunto l'equilibrio economico-finanziario".

Il Sindaco del Comune di Flero precisa che il quesito riguarda *"il pagamento del canone, che in un'opera "fredda" che per sua natura non ha un "entrata propria", ripaga con l'economia di gestione l'investimento e gli interessi, venendo così assicurato l'equilibrio economico-finanziario previsto dall'art. 3, comma 1, lett. fff), del D. Lgs. n. 50/2016, senza alcuna necessità di ricorrere al versamento di un prezzo aggiuntivo ex art. 180, comma 6, del D. Lgs. n. 50/2016".*

Ciò premesso il rappresentante dell'Ente si chiede se *"la valutazione concreta della fattispecie oggetto del quesito, che prevede il pagamento di un canone, che è in grado di ripagare l'investimento e gli interessi, conferma l'operazione come off balance sheet, e la stessa potrà essere considerata neutra ai fini della contabilizzazione nel bilancio dell'Ente e non rilevante ai fini degli equilibri di finanza pubblica".*

A mero titolo chiarificatore viene riportato un esempio: *"In una proposta di Partenariato Pubblico Privato relativamente agli impianti di illuminazione pubblica, destinato a raggiungere obiettivi di miglioramento ed efficientamento energetico, a fronte di una spesa media annua sostenuta dall'Ente negli ultimi 4 anni ammontante a circa € 200.000, si prevede, a fronte della riqualifica completa e dell'ampliamento della rete, il pagamento di un canone annuo dello stesso importo per 18 anni, comprendente: quota energia, quota manutenzione, quota efficientamento e quota oneri finanziari. Il canone pagato annualmente di € 200.000 inciderà sul Patto di Stabilità mentre può essere escluso dall'incidenza sul limite di indebitamento del Comune?"*

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. La richiesta di parere risulta ammissibile sotto il profilo soggettivo e procedurale in quanto sottoscritta dal Sindaco del Comune istante.

2. Quanto all'ammissibilità della stessa sotto il profilo oggettivo, in linea generale, il positivo esercizio, da parte delle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, della funzione consultiva di cui al citato art. 7, comma 8, della legge n. 131 del 2003, è subordinato alla riconducibilità delle questioni proposte nell'alveo della materia della "contabilità pubblica", nonché alla sussistenza nell'istanza di parere delle altre condizioni individuate nelle pronunce di orientamento generale, rispettivamente, delle Sezioni riunite in sede di controllo (deliberazione n. 54/CONTR/10) e della Sezione delle autonomie (deliberazioni n. 5/AUT/2006, n. 9/AUT/2009 e n. 3/SEZAUT/2014/QMIG).

Nelle succitate pronunce è stabilito il principio che materie, nel loro nucleo originario estranee alla contabilità pubblica, possono essere ricondotte in tale ambito, avendo riguardo ad una visione dinamica del concetto, che sposti l'ottica dalla gestione strettamente intesa agli equilibri di bilancio ed alla funzione di coordinamento della finanza pubblica.

Pertanto, la funzione consultiva delle sezioni regionali può svolgersi con riferimento a quesiti che involgono tematiche connesse alle modalità di utilizzo delle risorse pubbliche, nel quadro di specifici obiettivi di contenimento della spesa sanciti dai principi di coordinamento della finanza pubblica e in grado di ripercuotersi direttamente sulla sana gestione finanziaria degli enti e sui pertinenti equilibri di bilancio.

Nel caso di specie si ritiene che la richiesta di parere sia oggettivamente ammissibile quanto al quesito relativo alla contabilizzazione di un contratto di partenariato pubblico privato. Al riguardo, questa Sezione rileva che quanto riportato nella richiesta di parere sarà preso in

considerazione solo al fine di inquadrare giuridicamente il quesito formulato, senza che la medesima possa affrontare le specifiche opzioni gestionali rimesse alla potestà amministrativa riservata dalla legge alla pubblica amministrazione.

La Sezione prescinde, pertanto, dal valutare la qualificazione dello specifico contratto a cui si riferisce la richiesta di parere in termini di paternariato pubblico privato. Spetta, infatti, all'Ente istante valutare l'effettiva configurabilità dell'operazione economica prescelta nei termini anzidetti, inerendo tale aspetto estraneo al profilo gestionale e concreto dell'attività amministrativa. Il parere non può, infatti, implicare alcuna forma di avallo dell'operazione presupposta, che rientra nell'esclusiva responsabilità dell'ente richiedente.

3. Il quesito posto dal Comune istante verte sulle modalità di contabilizzazione di un'operazione di paternariato pubblico privato (cosiddetto "PPP"). In particolare si chiede se un rapporto di paternariato pubblico privato nel quale è contemplato il pagamento di un canone in grado di ripagare l'investimento e gli interessi è da considerarsi un'operazione *off balance sheet*, neutra ai fini della contabilizzazione nel bilancio dell'Ente e non rilevante ai fini degli equilibri di finanza pubblica.

3.1 La Sezione, prescindendo dalla qualificazione dello specifico contratto in termini di paternariato pubblico privato, ritiene di doversi concentrare sul trattamento contabile dell'operazione di paternariato pubblico privato.

Attualmente i contratti di paternariato sono definiti dal d. lgs. n. 50 del 2016 quali *"il 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 connessa all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore"*. Le disposizioni di riferimento sono contenute nella Parte IV del codice, rubricata «Partenariato pubblico privato e contraente generale» (3, comma 1, lett. eee).

La sopracitata definizione dei contratti di partenariato pubblico-privato, contenuta nell'art. 3, comma 1, lett. eee, è accompagnata dalla puntualizzazione che ai contratti di PPP si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat, che attengono proprio alle modalità di contabilizzazione. A tali fini, la stessa norma impone alle stazioni appaltanti, richiamando l'articolo 44, comma 1-bis, del decreto-legge n. 248 del 2007, convertito dalla legge n. 31 del 2008, di comunicare tali operazioni all'Unità tecnica finanza di progetto della Presidenza del Consiglio dei ministri.

Sul punto è intervenuta la decisione della Sezione delle autonomie n. 15/2017/QMIG, che si richiama integralmente, la quale ha affermato che *"laddove il contratto di partenariato rispetti la conformazione tipica del regolamento negoziale di cui al Titolo I della parte IV del codice, l'allocatione dei rischi in capo all'operatore economico rappresenta una condizione tipica e, dunque, costituisce un parametro indispensabile per escludere l'operazione tra quelle di indebitamento puro"*. E ancora, con specifico riferimento alla locazione finanziaria di opere, ha stabilito che essa *"rappresenta una specie che ricade sotto la disciplina del negozio di partenariato, laddove la realizzazione dell'opera, la sua disponibilità e la percezione delle sue utilità da parte dell'operatore economico corrispondano allo schema negoziale tipico del partenariato ed il regolamento delle relative pattuizioni rifletta i parametri ed i criteri di cui all'art. 180 d.lgs. n. 50/2016. Elemento discriminante per la qualificazione di*

contratto di PPP non rilevante ai fini dell'indebitamento è l'espressa pattuizione dell'assunzione dei rischi da parte dell'operatore economico".

La stessa Sezione delle autonomie ha, così, concluso che *"Le operazioni di locazione finanziaria di opere pubbliche di cui all'art. 187 se pienamente conformi nel momento genetico-strutturale ed in quello funzionale alla regolamentazione contenuta negli artt. 3 e 180 del codice dei contratti, ai fini della registrazione nelle scritture contabili, non sono considerate investimenti finanziati da debito".*

Pertanto, laddove la realizzazione dell'opera, la sua disponibilità e la percezione delle sue utilità da parte dell'operatore economico corrispondano allo schema negoziale tipico del partenariato di cui all'art. 180 d.lgs. n. 50/2016, in particolare in relazione all'assunzione dei rischi da parte dell'operatore economico, il contratto non può essere qualificato in termini di indebitamento.

3.2 Ai fini di quanto sopra risulta determinante la correttezza della qualificazione del contratto in termini di partenariato pubblico privato ai sensi del nuovo codice dei contratti pubblici.

Attualmente il contratto di partenariato è definito dal d. lgs. n. 50 del 2016 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 connessa all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore"* (art. 3, comma 1, lett. eee). Ai sensi del medesimo art. 3, comma 1, lett. eee le disposizioni di riferimento sono contenute nella Parte IV del codice, rubricata «Partenariato pubblico privato e contraente generale».

L'art. 180, comma 8, contenuto nel Titolo I della Parte IV del codice, fornisce un elenco esemplificativo di contratti di PPP, includendovi *"la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti"*.

Al di là della specifica tipologia contrattuale utilizzata per la realizzazione di un'operazione di PPP, l'art. 180, comma 2, del codice prevede espressamente che i contratti di PPP possano avere ad oggetto opere destinate prioritariamente a cittadini-utenti che pagano una tariffa per l'utilizzazione dell'infrastruttura (cd. "opere calde"), oppure opere destinate all'utilizzazione diretta della pubblica amministrazione, comunque strumentali allo svolgimento, da parte della medesima, dei compiti e delle funzioni che le sono intestate, (cd. "opere fredde"), nelle quali di regola l'amministrazione corrisponde all'operatore economico un canone di disponibilità.

I contratti di PPP costituiscono, pertanto, una categoria giuridica nella quale sono da ricomprendere istituti giuridici tra loro anche molto diversi, tra i quali rientrano diverse fattispecie contrattuali tipiche aventi una regolamentazione specifica nel codice, oltre a fattispecie atipiche, definite, nel citato comma 8, come *"qualunque altra procedura di realizzazione di partenariato in materia di opere o servizi che presentino le caratteristiche"* descritte nell'art. 180.

La caratteristica comune che tali tipologie contrattuali debbono possedere per essere ricomprese nella categoria dei contratti di PPP è costituita dal trasferimento in capo all'operatore economico, 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 (art. 180, comma 3). In particolare, per i contratti di concessione, in conformità a quanto previsto nella direttiva 2014/23/UE, il codice ha precisato che l'allocatione dei rischi in capo all'operatore economico si sostanzia nel trasferimento del cd. "rischio operativo", così come definito nell'art. 3, comma 1, lettera zz del d. lgs. n. 50 del 2016.

Il rischio (e il suo trasferimento all'operatore privato) costituisce l'elemento che caratterizza il partenariato pubblico privato non solo nel suo momento genetico, ma anche per tutta la durata della sua esecuzione. In tal senso depone l'art. 181, comma 4, secondo cui le linee guida dell'ANAC devono definire le modalità del controllo dell'amministrazione aggiudicatrice sull'attività dell'operatore economico attraverso la predisposizione e l'applicazione di sistemi di monitoraggio che, tra l'altro, siano in grado di verificare "...in particolare la permanenza in capo all'operatore economico dei rischi trasferiti".

I tre tipi di rischi, il rischio di costruzione, il rischio di disponibilità o, nei casi di "opere calde", il rischio di domanda dei servizi resi, vengono definiti dal legislatore. L'art. 3, comma 1, lett. aaa) definisce il rischio di costruzione come quello "legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, all'aumento dei costi, a inconvenienti di tipo tecnico nell'opera e al mancato completamento dell'opera", la lettera bbb) definisce il rischio di disponibilità come quello "legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti" e la lettera ccc) definisce il rischio di domanda come quello "legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa".

Il regime dei rischi e il suo trasferimento all'operatore privato nei termini sopra indicati deve ritenersi presupposto necessario per la qualificazione del contratto in termini di partenariato pubblico privato ai sensi dell'art. 180 del d. lgs. n. 50 del 2016. Il Consiglio di Stato, nel parere reso sullo schema di linee guida recanti "Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato" (parere n. 00755/2017 del 29 marzo 2017), ha ritenuto che l'elencazione dei rischi "debba considerarsi tassativa, anche in omaggio al principio di legalità, fermo restando tuttavia la possibilità all'interno di tali tipi di rischi di procedere ad una loro ulteriore specificazione, quale espressione della volontà contrattuale delle parti, per rendere cioè la disciplina contrattuale del partenariato coerente e adeguata con la fattispecie concreta (e con l'interesse pubblico concreto da perseguire) in pieno accordo con la natura atipica del contratto di partenariato".

3.3 Qualora, invece, lo specifico contratto stipulato - indipendentemente dal *nomen iuris* utilizzato - non preveda un regolamento convenzionale delle prestazioni che integri i requisiti previsti dal codice dei contratti pubblici per la sussunzione del medesimo nella categoria dei contratti di partenariato pubblico privato, comprensivi del trasferimento dei rischi in capo all'operatore economico nei termini anzidetti, il relativo contratto non rientra nella categoria dei contratti di partenariato pubblico privato così come definita dal d.lgs. n. 50 del 2016

P.Q.M.

nelle esposte considerazioni è il parere della Sezione regionale di controllo della Corte dei conti per la Lombardia.

Il Relatore
(Sara Raffaella Molinaro)

Il Presidente
(Simonetta Rosa)

Depositata in Segreteria
20 novembre 2017
Il Direttore della Segreteria
(dott.ssa Daniela Parisini)