



REPUBBLICA ITALIANA

La

Corte dei conti

in

Sezione regionale di controllo per la Puglia

Nella camera di consiglio del 31 maggio 2012, composta dai magistrati:

Presidente di Sezione Raffaele Del Grosso, Presidente

Primo Referendario Luca Fazio

Primo Referendario Stefania Petrucci

Referendario Marcello Iacubino, relatore

Referendario Marco Di Marco

ha adottato la seguente deliberazione

sulla richiesta di parere formulata, ai sensi dell'art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131, dal presidente della Provincia di Lecce con nota n. 43359 del 4 maggio 2012 e pervenuta a questa Sezione in data 15 maggio 2012, prot. n. 1011;

Vista l'ordinanza del Presidente n. 13/2012 del 17 maggio 2012, di convocazione della Sezione regionale di controllo;

Udito il relatore dott. Marcello Iacubino;

Ritenuto in

FATTO

Il presidente della Provincia di Lecce, con la nota indicata in epigrafe, ha sottoposto a questa Sezione, ai sensi dell'articolo 7, comma 8, della legge 6 giugno 2003, n. 131, una questione avente ad oggetto l'eventuale incidenza sulla capacità di indebitamento (prevista dall'art. 204 del d. lgs.

18 agosto 2000, n. 267 - TUEL), dei canoni relativi al "contratto di disponibilità" di cui all'art. 160-ter del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici), introdotto dall'art. 44 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, recante "Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività", convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, l. 24 marzo 2012, n. 27.

Ad avviso dell'istante tale nuova figura contrattuale, discostandosi decisamente dal contratto di "locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità", previsto dal precedente art. 160-bis del Codice dei contratti pubblici, consente di superare tutte le incertezze relative alla qualificazione degli interventi di *leasing in costruendo* quali operazioni di finanziamento, in quanto tali suscettibili di incidere sulla capacità di indebitamento degli enti che vi fanno ricorso. Il legislatore avrebbe dunque inteso tipizzare la figura del *leasing operativo o di godimento*, per distinguerlo da quello finanziario tracciato dal precedente art. 160-bis.

Una riprova dell'assunto che tale nuovo schema contrattuale non inciderebbe sulla capacità di indebitamento è ravvisabile - prosegue il richiedente - innanzitutto nella previsione contenuta nella lettera a) del comma 1 del citato art. 160-ter, dove si afferma che il canone di disponibilità va versato "soltanto in corrispondenza alla effettiva disponibilità dell'opera", e che lo stesso è "proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o nulla disponibilità": si rafforzerebbe in tal modo <<il legame tra corrispettivo versato e utilizzo del bene>>. Inoltre anche la successiva lettera b), che prevede il tetto del 50% dell'eventuale contributo sul costo di costruzione che la P.A. può riconoscere in corso d'opera all'affidatario in caso di trasferimento della proprietà alla scadenza del contratto, induce a ritenere <<che tale soglia sia posta proprio al fine di evitare che un contributo per un importo eccedente il suddetto 50% possa sfuggire alla qualificazione di spesa di investimento>>. Tale

impostazione sarebbe ulteriormente confermata dalla successiva lettera c), laddove prevede che l'eventuale prezzo di trasferimento debba essere parametrato ai canoni già versati e all'eventuale contributo in corso d'opera di cui sopra; e ancor più dal fatto che tale prezzo, da riferirsi "al valore di mercato residuo dell'opera", sia "da corrispondere, al termine del contratto, in caso di trasferimento della proprietà dell'opera all'amministrazione aggiudicatrice". D'altra parte, lo stesso termine "corrispettivi" cui fa riferimento la norma in relazione alle richiamate lettere a), b) e c) <<è indicativo di una stretta correlazione tra i costi sostenuti dall'ente utilizzatore ed i "benefici prestazionali" che lo stesso riceve dal proprietario/costruttore in termini di utilizzo del bene ed eventualmente di acquisto successivo della relativa proprietà>>.

L'istante evidenzia poi come la possibilità di riscattare il bene a valori inferiori al <<valore equo (*fair value*)>>, e l'assunzione da parte dell'ente pubblico dei rischi di costruzione, di disponibilità e di domanda erano proprio gli elementi che facevano <<propendere per la qualificazione del *leasing* come finanziario piuttosto che operativo nel caso di procedure di "*leasing in costruendo*" attivate ai sensi dell'art. 160-bis>> del codice dei contratti pubblici; con la conseguenza di ritenere tale operazione una forma di indebitamento. Viceversa, nel contratto di disponibilità, i suddetti rischi restano tutti e tre a carico dell'aggiudicatario; come del resto è confermato dal suddetto articolo il quale <<espressamente prevede: - al comma 2 che "L'affidatario assume il rischio della costruzione e della gestione tecnica dell'opera per il periodo di messa a disposizione dell'amministrazione aggiudicatrice"; - al comma 5 che "l'affidatario ha la facoltà di introdurre le eventuali varianti finalizzate ad una maggiore economicità di costruzione o gestione" e che "Il rischio della mancata o ritardata approvazione da parte di terze autorità competenti della progettazione e delle eventuali varianti è a carico dell'affidatario"; al

comma 6 che "l'adempimento degli impegni dell'amministrazione aggiudicatrice resta in ogni caso condizionato al positivo controllo della realizzazione dell'opera ed alla messa a disposizione della stessa secondo le modalità previste dal contratto di disponibilità">>.

Alla luce di tali considerazioni, il presidente della Provincia di Lecce ha chiesto, ai fini di una corretta applicazione del nuovo istituto contrattuale introdotto dal sopra richiamato d.l. n. 1 del 2012, quale sia la <<corretta qualificazione da attribuire ai corrispettivi da prevedersi nel contratto di disponibilità per l'utilizzo dell'opera, chiarendo se gli stessi debbano intendersi quali oneri finanziari di indebitamento in quanto l'opera stessa costituirebbe "spesa di investimento", o, se, come sembra, debbano intendersi quali corrispettivi per l'utilizzazione di beni di terzi, essendo ragguagliati all'esclusivo valore di utilizzo del bene, restando l'eventuale acquisto dello stesso rinviato al momento di fine locazione e per valori congrui e di mercato definiti in sede di stipula del contratto con l'aggiudicatario dell'appalto>>.

Considerato in

DIRITTO

1. Sulla funzione consultiva.

La funzione consultiva delle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica è prevista dall'art. 7 comma 8, della legge 6 giugno 2003, n. 131, il quale consente alle Regioni di chiedere alle Sezioni regionali di controllo "ulteriori forme di collaborazione" ai fini della regolare gestione finanziaria e dell'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, "nonché pareri in materia di contabilità pubblica", aggiungendo che "analoghe richieste possono essere formulate, di norma tramite il Consiglio delle autonomie locali se istituito, anche da Comuni, Province e Città metropolitane". La richiamata disposizione attribuisce, in sostanza, agli amministratori di Regioni,

Comuni e Province la facoltà di avvalersi di un organo neutrale e professionalmente qualificato per acquisire elementi necessari ad assicurare la legalità della loro attività amministrativa.

2. Sull'ammissibilità del quesito.

Sotto il profilo soggettivo, la richiesta è ammissibile poiché posta dal presidente della Provincia di Lecce e quindi dall'organo che ai sensi dell'art. 50 del TUEL ha la rappresentanza legale dell'Ente e, in quanto tale, è legittimato a promuovere l'attività consultiva della Corte dei Conti. Non è di ostacolo all'ammissibilità della richiesta la mancata costituzione del Consiglio delle Autonomie Locali della Puglia (seppure istituito con legge regionale n. 29 del 26/10/2006, allo stato ancora inattuata), poiché l'art. 7, comma ottavo, della legge n. 131 del 2003 usa la locuzione "di norma", non precludendo, quindi, in linea di principio, la richiesta diretta da parte degli enti; diversamente opinando l'attuazione della funzione consultiva deferita alla Corte nell'interesse delle comunità locali ne risulterebbe eccessivamente compressa.

Sotto il profilo oggettivo, la Sezione ritiene che il quesito posto, nei limiti appresso indicati, sia ammissibile in quanto riconducibile alla materia della "contabilità pubblica", il cui perimetro applicativo è stato chiarito dalla Sezione delle Autonomie di questa Corte con l'atto di indirizzo del 27 aprile 2004 e con le successive deliberazioni n. 5 del 17 febbraio 2006 e n. 9 del 3 luglio 2009, nonché dalle Sezioni Riunite (SS.RR.) in sede di controllo con la deliberazione n. 54/CONTR/2010 del 17 novembre 2010.

L'istanza di parere in epigrafe, difatti, verte su un argomento di ordine generale, riguardante i limiti posti all'indebitamento degli enti locali. Tale tematica involge quella della riduzione del disavanzo pubblico, che rientra nel quadro degli specifici obiettivi di contenimento della spesa sanciti dai principi di coordinamento della finanza pubblica, la cui applicazione è in grado di ripercuotersi direttamente sulla sana gestione finanziaria

dell'Ente e sui pertinenti equilibri di bilancio, nonché sul debito nazionale. Di conseguenza, la Sezione ritiene di esprimersi limitatamente all'interpretazione delle disposizioni di legge e principi generali dell'ordinamento attinenti alla materia prospettata dal richiedente, come del resto chiarito dalla Sezione delle Autonomie nel citato provvedimento del 2004, secondo cui l'attività consultiva della Corte può essere espressa individuando "in via generale, la questione giuridica sottostante e definendo la linea interpretativa astrattamente applicabile".

3. Nel merito.

Il quesito in epigrafe verte sul corretto inquadramento del nuovo istituto contrattuale denominato "contratto di disponibilità", introdotto dall'art. 44 del recente d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 24 marzo 2012, n. 27, recante "Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività".

In particolare, l'istante eccita il potere consultivo di questa Sezione per conoscere l'esatta natura giuridica degli oneri contrattuali che l'ente pubblico deve corrispondere alla controparte a fronte della costruzione e della messa a disposizione dell'opera; chiede cioè se essi, giusto anche la espressa definizione normativa, possano essere considerati veri e propri "corrispettivi" contrattuali legati all'utilizzo e alla fruibilità di un bene privato, ovvero debbano essere ritenuti oneri di indebitamento correlati al finanziamento di una spesa di investimento.

3.1. La risoluzione della presente richiesta di parere rende necessario individuare i tratti identificativi del "contratto di disponibilità" e il contesto normativo di riferimento.

L'art. 44 del sopra citato d.l. n. 1 del 2012, ha inserito nel *corpus* del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici) un nuovo strumento contrattuale, che consente alle stazioni appaltanti

soggette all'applicazione del Codice l'utilizzazione di un'opera privata per scopi di interesse pubblico. Secondo la definizione che dà il comma 15-*bis*.1 (inserito dalla novella) dell'articolo 3 del Codice il contratto di disponibilità "è il contratto mediante il quale sono affidate, a rischio e a spesa dell'affidatario, la costruzione e la messa a disposizione a favore dell'amministrazione aggiudicatrice di un'opera di proprietà privata destinata all'esercizio di un pubblico servizio, a fronte di un corrispettivo. Si intende per messa a disposizione l'onere assunto a proprio rischio dall'affidatario di assicurare all'amministrazione aggiudicatrice la costante fruibilità dell'opera, nel rispetto dei parametri di funzionalità previsti dal contratto, garantendo allo scopo la perfetta manutenzione e la risoluzione di tutti gli eventuali vizi, anche sopravvenuti".

Il successivo comma 15-*ter* del Codice (anch'esso novellato dal d.l. n. 1 del 2012), inserisce il contratto di disponibilità tra i contratti di partenariato pubblico privato (PPP), i quali sono definiti "operazioni finalizzate ad integrare risorse ed esperienze pubblico e privato e 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". La stessa norma poi aggiunge che in relazione a tali prestazioni l'allocatione dei rischi deve avvenire "ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti" e che "alle operazioni di partenariato pubblico privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat". Questa collocazione, da cui consegue l'assoggettamento anche del contratto di disponibilità alle decisioni Eurostat, è molto importante (come si vedrà) per comprendere se esso costituisca o meno una forma di indebitamento.

L'art. 160-*ter* del Codice, rubricato "Contratto di disponibilità" (inserito dal citato art. 44), detta poi la disciplina del nuovo istituto. In particolare,

e in sintesi, si prevede:

- che l'amministrazione aggiudicatrice, quale corrispettivo per la costruzione e la messa a disposizione dell'opera corrisponda all'affidatario un canone di utilizzazione, il quale è strettamente correlato alla effettiva disponibilità della stessa (cfr. comma 1, lettera a);

- che qualora vi sia l'impossibilità totale o parziale di servirsi del bene, dovuto a manutenzione, vizi o a qualsiasi altro motivo legato alla gestione tecnica dell'opera (anche non imputabile al soggetto privato), il canone non è dovuto o è corrisposto proporzionalmente in misura ridotta;

- la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di acquisire il bene al termine del periodo di disponibilità stabilito nel contratto, pagando un "corrispettivo" ulteriore rispetto al canone di utilizzo, da versare al termine del contratto, parametrato ai canoni già erogati e al valore di mercato residuo dell'opera;

- che, in relazione all'evenienza di cui al punto precedente, il contratto può prevedere anche l'eventuale riconoscimento di un contributo in corso d'opera, il quale giammai può essere superiore al cinquanta per cento del costo di costruzione dell'infrastruttura. In questo caso il prezzo di trasferimento deve naturalmente tenere conto anche del suddetto contributo (cfr. comma 1, lettere b) e c);

- che (ribadendo quanto già affermato nel comma 15-bis.1 del precedente articolo 3), il privato si assume il rischio della costruzione e della gestione tecnica dell'opera per il periodo di messa a disposizione dell'amministrazione aggiudicatrice (comma 2);

- che il privato assume a suo carico anche la progettazione e le eventuali varianti in corso d'opera la loro approvazione e il rischio della mancata o ritardata approvazione da parte di terze autorità competenti della progettazione e delle eventuali varianti (comma 6).

Per quanto riguarda i profili di rilevanza pubblicistica connessi al

contratto in esame, l'art. 160-ter citato (commi 3, 4 e 6) prevede: l'applicazione delle disposizioni previste dal Codice in materia di requisiti generali di partecipazione alle procedure di affidamento e di qualificazione degli operatori economici; la necessità che la gara sia svolta sulla base di un capitolato prestazionale predisposto dalla P.A.; la selezione dell'operatore privato secondo procedure di evidenza pubblica; l'attività di collaudo, che è posta in capo alla stazione appaltante. In particolare, in tale fase essa verifica la realizzazione dell'opera al fine di accertare il puntuale rispetto del capitolato prestazionale e delle norme e disposizioni cogenti. Qualora vi siano divergenze, può proporre sia modificazioni e rifacimento di lavori eseguiti ovvero, sempre che siano assicurate le caratteristiche funzionali essenziali, la riduzione del canone di disponibilità entro un certo limite individuato dal contratto, al di sotto del quale lo stesso è risolto. L'adempimento degli impegni dell'amministrazione aggiudicatrice resta in ogni caso condizionato al positivo controllo della realizzazione dell'opera ed alla messa a disposizione della stessa secondo le modalità previste dal contratto di disponibilità.

Orbene, dalla disciplina appena riportata si evince che essa ha ad oggetto la costruzione e la gestione tecnica, da parte di un soggetto privato, di un'opera che resta di sua proprietà per tutto il periodo di validità del contratto; durante tale periodo il bene viene concesso in godimento ad un soggetto pubblico, per lo svolgimento di funzioni di pubblico interesse, il quale paga un corrispettivo solo in corrispondenza dell'effettivo utilizzo. Oltre alla mera utilizzazione, tuttavia, le parti possono anche convenire il trasferimento del bene alla fine del periodo di disponibilità. È evidente che in tal caso il contratto base si arricchisce di un ulteriore contenuto, consistente nel trasferimento di un'opera che sarà così acquisita al patrimonio (indisponibile) del soggetto pubblico. Altrettanto palese è che la fattispecie si presta ad essere utilizzata 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).

3.2. Una volta delineata la disciplina del contratto di disponibilità, occorre valutare se la spesa inerente all'infrastruttura (c.d. *asset*) realizzata mediante tale operazione possa essere considerata fuori dal bilancio dell'ente (*off balance*) e quindi dal debito pubblico. Decisivo, a tal fine, è - come detto - il profilo dell'allocatione dei rischi tra il soggetto pubblico e quello privato, che deve avvenire "ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti" e, in particolare, secondo i contenuti delle decisioni Eurostat cui il comma 15-ter dell'art. 3 del Codice fa espressamente rinvio.

Eurostat si è occupata specificamente del trattamento contabile, nei conti nazionali, dei contratti sottoscritti dalla pubblica Amministrazione nel quadro di partenariati con imprese private, con la decisione "Treatment of public-private partnerships" dell'11 febbraio 2004, la quale si pone nella scia del Sistema Europeo dei Conti SEC 95. Secondo l'Istituto europeo di statistica, la spesa inerente la costruzione di infrastrutture pubbliche (c.d. *assets*) realizzate mediante le operazioni di PPP può considerarsi *off balance* a condizione che il partner privato si assuma oltre al rischio di costruzione anche un rischio ulteriore consistente, alternativamente, in quello riferito alla disponibilità ovvero alla domanda dell'opera.

Per *rischio di costruzione* si intende sia quello che di regola sopporta l'appaltatore/concessionario in ordine ai vari eventi che possono interessare tale fase quali ad es.: il ritardo nei tempi di consegna; il mancato rispetto degli standard di progetto; l'aumento dei costi; gli inconvenienti tecnici nell'opera; il mancato completamento dell'opera; le esternalità negative (compreso il rischio ambientale) che comportano il pagamento di indennizzi a terzi; sia il fatto che l'esecutore venga pagato

subordinatamente alla reale ed effettiva realizzazione dell'opera. L'eventualità che il soggetto pubblico corrisponda quanto stabilito nel contratto indipendentemente dalla verifica dello stato di avanzamento effettivo della realizzazione dell'infrastruttura o ripiani ogni costo aggiuntivo emerso, quale ne sia la causa, comporta, invece, l'assunzione del rischio di costruzione da parte del soggetto pubblico.

Il *rischio di disponibilità* attiene alla messa a disposizione del committente dell'infrastruttura da parte del realizzatore, in base alla quale il primo corrisponderà al secondo un canone destinato a remunerare, oltre la disponibilità del bene ed eventuali servizi connessi (quali la manutenzione), anche (in tutto o in parte) il costo di realizzazione dell'opera. Affinché il rischio sia effettivamente trasferito sul privato è necessario che i pagamenti pubblici siano correlati all'effettivo grado di disponibilità da questi fornito, al loro volume e secondo la qualità predeterminata, in applicazione del principio del *take-and-pay*. Ad esempio, l'applicazione di un sistema di pagamenti da parte dell'Ente pubblico che preveda la riduzione dei pagamenti nel caso di prestazioni insufficienti con l'applicazione di opportune penali, è efficace al fine del trasferimento del rischio di disponibilità. Viceversa, pagamenti regolari sotto forma di canoni invariabili non parametrati all'effettivo volume dei servizi prestati non consentono una effettiva assunzione di rischio da parte del partner privato. Tale rischio è proprio delle c.d. "opere fredde".

Per *rischio di domanda*, infine, si intende il tipico rischio riferito all'utilizzo dell'opera (o del servizio connesso) da parte dell'utenza finale. Trattasi di 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. Tale tipo di rischio non rileva nel caso di specie in quanto il contratto di disponibilità ha ad oggetto - come visto - opere destinate all'utilizzazione diretta da

parte della P.A.

Utili indicazioni in merito alle diverse categorie di rischio indicate da Eurostat sono contenute anche nella Circolare del 27 marzo 2009 della Presidenza del Consiglio dei Ministri, recante "Criteri per la comunicazione di informazioni relative al partenariato pubblico-privato ai sensi dell'articolo 44, comma 1-bis del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248 convertito, con modificazioni, dall'articolo 1, comma 1 della legge 28 febbraio 2008, n. 31".

Ad ogni modo, nei casi in cui l'analisi dell'allocatione dei rischi, così come sopra definiti, possa portare a non chiare conclusioni, Eurostat consiglia di prendere in considerazione anche ulteriori criteri per classificare gli *assets*, quali: la concessione di finanziamenti pubblici, compresi quelli "in natura"; l'eventuale esistenza di garanzie fornite dalla pubblica Amministrazione sul finanziamento; l'esistenza di clausole relative alla rescissione del contratto di PPP che prevedano il pagamento di un indennizzo da parte dell'Amministrazione; l'allocatione finale degli *assets* alla luce delle clausole di fine contratto (c.d. *termination clauses*).

Tali ulteriori criteri, che non erano stati chiaramente analizzati nel manuale del SEC 95 sul disavanzo e sul debito pubblico (come nella sopra richiamata Circolare della P.C.M.), sono stati in parte oggetto di un approfondimento da parte di Eurostat, in sede di elaborazione della nuova versione (*third version*) del SEC 95, pubblicata ad ottobre 2010.

Con riferimento al finanziamento pubblico, il nuovo SEC 95 prende in considerazione tutte le forme di contribuzione pubblica (partecipazione al capitale sociale, conferimento di capitale di debito o contributi diretti in conto capitale) e stabilisce che quando il costo dell'investimento è *prevalentemente* coperto dall'amministrazione (con una delle suddette forme) questo indica che il settore pubblico assume la maggior parte dei rischi. Viene, inoltre, precisato che anche l'incremento del livello di

finanziamento pubblico in corso d'opera può comportare la riclassificazione *on balance* dell'asset.

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

L'allocazione dell'asset alla fine del contratto è la terza variabile rilevante nella scelta del trattamento contabile delle PPP. In particolare, essa può costituire un elemento addizionale nella scelta di contabilizzazione *on balance* dell'infrastruttura nel caso in cui: 1) si concordi un prezzo fisso che l'amministrazione dovrà pagare alla scadenza del contratto e che non rispecchi il valore di mercato dell'asset; 2) sia previsto un prezzo di riscatto più alto del valore economico atteso; 3) sia previsto un prezzo più basso del valore economico atteso perché l'amministrazione ha già pagato in precedenza per l'acquisizione dell'asset.

Come nella precedente versione, infine, il nuovo SEC 95 ha confermato il criterio dei rischi come determinante il trattamento contabile delle operazioni di PPP.

3.3. Se dunque è decisivo il profilo dell'allocazione dei rischi, è evidente che il contratto di disponibilità, astrattamente considerato, soddisfa i requisiti previsti da Eurostat affinché un'operazione di PPP possa essere considerata *off balance*: nel caso di specie sia il rischio di

costruzione che quello di disponibilità sono allocati in capo al partner privato. Sotto il primo profilo, infatti, è previsto che l'affidatario si faccia carico:

- di reperire le fonti di finanziamento dell'opera;
- di redigere e approvare i progetti e le connesse varianti (è prevista la mera comunicazione dell'approvazione al soggetto aggiudicatore), da cui consegue la sua responsabilità per errori e carenze progettuali;
- di ottenere l'approvazione dei progetti da parte di terze autorità competenti, ove prescritta, sopportandone i ritardi e gli eventuali dinieghi;
- di eseguire gli eventuali *espropri*; il comma 3, ultimo periodo, della sopra citata previsione stabilisce, infatti, che i relativi oneri sono considerati nel quadro economico degli investimenti e finanziati nell'ambito del contratto di disponibilità;
- dell'aumento dei costi d'opera;
- dell'esecuzione dei lavori e dei connessi imprevisti;
- del ritardo nella conclusione dei lavori, in ordine al quale deve altresì prestare idonea garanzia (la cauzione definitiva) ai sensi dell'art. 113 del Codice, come prevede il comma 3 dell'art. 160-ter;

Sotto il secondo profilo, il rischio connesso alla c.d. gestione tecnica dell'opera implica (conformemente ai sopra indicati indirizzi europei), l'annullamento del canone o la sua riduzione in caso di indisponibilità totale o parziale del bene, dovuta a manutenzione, vizi (non solo strutturali ma anche sopravvenuti) o a qualsiasi altro motivo; non solo, ma anche che in ordine a tale rischio sia prestata idonea cauzione a garanzia del mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla messa a disposizione dell'opera.

Inoltre, la previsione del tetto massimo del 50% del costo di costruzione dell'opera relativo al contributo in corso d'opera è coerente con gli accorgimenti suggeriti nel nuovo *SEC 95*, secondo cui il costo

dell'investimento non deve essere *prevalentemente* coperto dalla pubblica Amministrazione: l'eventuale finanziamento pubblico previsto dalla norma sembra così rispettare il criterio del "majority of financing" come discriminare per la contabilizzazione *on balance*.

Ancora, la parametrizzazione del prezzo finale, che deve essere versato ai fini del trasferimento del bene al termine del contratto (comprensivo dell'eventuale contributo in corso d'opera e dei canoni già versati durante il rapporto contrattuale), al valore di mercato residuo del bene, sembra scongiurare i rischi riguardanti l'allocazione finale degli *assets* oggetto di approfondimento nella nuova versione del *SEC 95*.

In effetti, per come concepito dal legislatore, il contratto di disponibilità potrebbe confondersi con il *leasing* operativo o di godimento, il quale ha ad oggetto la messa a disposizione del conduttore di un bene che di solito è nella disponibilità del locatore, il quale si obbliga a fornire altresì i servizi connessi alla perfetta efficienza del bene stesso (assistenza, manutenzione, ecc.) dietro pagamento dei canoni; i quali, diversamente dal *leasing* finanziario, non contengono alcuna porzione di prezzo ma sono ragguagliati al valore di utilizzazione del bene, cosicché l'acquisto al termine del contratto costituisce un fatto meramente eventuale. Proprio questa caratteristica dei canoni esclude la componente del finanziamento prevista nel *leasing* finanziario. Tuttavia, la casistica giurisprudenziale evidenzia che tale fattispecie atipica ha ad oggetto beni strumentali a rapida obsolescenza economica (quali ad es. i mezzi di trasporto, attrezzature informatiche, ecc.) destinati a soddisfare esigenze temporanee (di breve durata) dell'utilizzatore, il quale non vuole assumersi il rischio (e il costo) legato al rapido deterioramento di tali beni. Il contratto di disponibilità presuppone invece che il bene (si presume immobile) oggetto del contratto sia destinato a soddisfare esigenze che, se pure non permanenti, siano piuttosto durature. A parte questo aspetto

però, le due operazioni sembrano assimilabili, specie se si considerano i recenti approdi in tema di causa in concreto, alla luce dei quali ben può ritenersi che un tale interesse (costruzione e disponibilità del bene accompagnata alla fornitura di servizi finalizzati a garantirne la perfetta efficienza, con eventuale trasferimento finale dello stesso), concorra a definire la funzione economico - individuale anche del contratto di disponibilità.

3.4. In conclusione il contratto di disponibilità, almeno in astratto, non sembra dare luogo ad una forma di indebitamento atipica e ulteriore rispetto a quelle previste dalla legge (art. 3, comma 17 e ss. della legge 24 dicembre 2003, n. 350 e gli artt. 202-205 bis del TUEL). Tuttavia, *in concreto*, l'ampia formulazione della norma, che lascia notevoli margini di manovra all'autonomia negoziale, può rendere estremamente difficoltoso per le Amministrazioni pubbliche determinare una ripartizione dei rischi coerente con le decisioni Eurostat. In altri termini, non prevedendo la norma uno schema rigido o ben definito, il corretto inquadramento anche ai fini contabili di ciascuna operazione non può che scaturire da un'attenta valutazione, caso per caso, delle singole fattispecie.

Ciò posto in termini di enunciazione dei principi di ermeneutica, è appena il caso di notare che la decisione in ordine all'interpretazione e all'applicazione in concreto delle norme di disciplina della materia oggetto del quesito è di esclusiva competenza dell'Ente rientrando nella piena discrezionalità e responsabilità dell'Amministrazione.

Si aggiunge che nella redazione del capitolato prestazionale, del bando di gara e delle conseguenti clausole contrattuali la Provincia di Lecce dovrà utilizzare capacità di valutazione delle diverse categorie di rischio, onde fissare in maniera inequivocabile, trasparente e conforme ai criteri europei la distribuzione dei rischi e dei rendimenti sottostanti il contratto di PPP; solo in questo modo è possibile escludere l'iscrizione in bilancio

della spesa quale spesa di investimento e la connessa qualificazione della fattispecie quale forma di indebitamento, soggetta ai connessi limiti legislativi. In tale operazione, gli aspetti cui prestare particolare attenzione sono - ad avviso della Sezione - proprio quelli oggetto di riesame nella nuova versione del SEC 95, riguardanti il rischio di costruzione e cioè: la concessione di finanziamenti pubblici; l'eventuale esistenza di garanzie pubbliche sul finanziamento; l'esistenza di clausole relative alla rescissione del contratto di PPP che prevedano il pagamento di un indennizzo da parte dell'Amministrazione; l'allocazione finale degli *assets* alla luce delle clausole di fine contratto.

P.Q.M.

Nelle esposte considerazioni è il parere di questa Sezione regionale di controllo per la Puglia.

Copia della presente deliberazione, sarà trasmessa, a cura del preposto al Servizio di supporto, al presidente della Provincia di Lecce.

Così deliberato in Bari, nella camera di consiglio del 31 maggio 2012.

Il relatore

Il Presidente

F.to: Dott. Marcello Iacubino

F.to: Dott. Raffaele Del Grosso

Depositata in segreteria il 31/5/2012