



## CORTE DEI CONTI

## SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA LOMBARDIA

composta dai magistrati:

dott.ssa Maria Riolo	Presidente
dott. Marcello Degni	Consigliere
dott. Giampiero Maria Gallo	Consigliere
dott.ssa Laura De Rentiis	Consigliere (Relatore)
dott. Mauro Bonaretti	Consigliere
dott. Luigi Burti	Consigliere

nella camera di consiglio del 24 settembre 2019 ha assunto la seguente

## DELIBERAZIONE

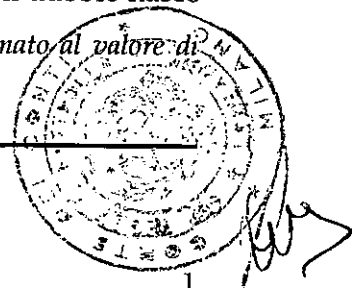
Vista la nota pervenuta il 25 luglio 2019 (prot. int. 0016515-25/07/2019-SC\_LOM-T87-A) con la quale il Sindaco del Comune di Arcore (MB) ha rivolto alla Sezione una richiesta di parere ai sensi dell'articolo 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131;

Vista l'ordinanza con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per l'adunanza odierna per deliberare sulla richiesta del sindaco del comune sopra citato;

Udito il relatore, Laura De Rentiis;

## PREMESSO

Il Sindaco del Comune di Arcore, con la nota indicata in epigrafe, espone nelle premesse che l'Amministrazione "ha attualmente allo studio la realizzazione di un PPP applicato alla costruzione e gestione di opere pubbliche" e, quindi, formula un quesito avente ad oggetto la "corretta interpretazione dell'art. 180, commi 4 e 6, del D. Lgs. n.50/2016". Più nel dettaglio chiede a questa Sezione "se nel limite del 49 per cento posto dal comma 6, sia da includere o meno il canone di cui al comma 4 dell'art. 180 d.lgs. 50/2016" e, aggiunge, che il dubbio nasce in quanto la norma "stabilisce 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 senza peraltro richiamare il canone di cui al citato comma 4".*

### CONSIDERATO

1. Secondo ormai consolidati orientamenti assunti dalla Magistratura contabile in tema di pareri da esprimere ai sensi dell'art. 7, comma 8, della legge n. 131 del 2003, occorre verificare in via preliminare se la richiesta di parere presenti i necessari requisiti di ammissibilità, sia sotto il profilo soggettivo, con riferimento alla legittimazione dell'organo richiedente, sia sotto il profilo oggettivo, concernente l'attinenza dei quesiti alla materia della contabilità pubblica.

1.1. La richiesta di parere deve essere dichiarata soggettivamente ammissibile, in quanto formulata dal Sindaco del comune interessato.

1.2. La stessa è parimenti ammissibile sotto il profilo oggettivo, essendo le questioni interpretative proposte riconducibili alla nozione di "contabilità pubblica" strumentale all'esercizio della funzione consultiva delle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, e sussistendo, altresì, tutti gli altri requisiti individuati nelle pronunce di orientamento generale, rispettivamente, delle Sezioni riunite in sede di controllo (cfr. in particolare deliberazione n. 54/CONTR/10) e della Sezione delle autonomie (cfr. in particolare deliberazioni n. 5/AUT/2006, n. 9/AUT/2009 e n. 3/SEZAUT/2014/QMIG).

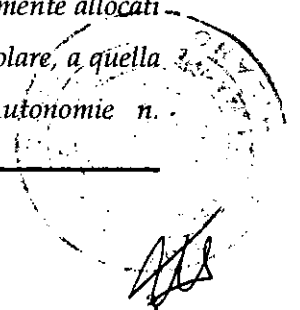
2. Venendo al merito della richiesta, occorre preliminarmente osservare che la Sezione, nell'ambito dell'attività consultiva, non può sindacare le opzioni gestionali sottese al quesito in quanto le stesse sono rimesse alla potestà amministrativa riservata dalla legge alla pubblica amministrazione. Dunque, questa Sezione prenderà in esame il quesito formulato dall'ente astraendolo da ogni riferimento alla fattispecie concreta sottostante.

Il quesito formulato dall'ente ha ad oggetto l'interpretazione dell'art. 180, commi 4 e 6, del D. Lgs. n.50/2016. Più nel dettaglio, l'ente comunale chiede a questa Sezione *"se nel limite del 49 per cento posto dal comma 6, sia da includere o meno il canone di cui al comma 4 dell'art. 180 d.lgs. 50/2016"*.

L'esame nel merito del quesito, dunque, presuppone il richiamo delle norme che disciplinano il «contratto di partenariato pubblico privato» (d'ora, in avanti contratto di PPP), ossia il contratto che lo stesso d.lgs. n. 50, all'art. 3, comma 1, lettera eee), definisce «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 connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore». Nella tipologia del contratto di PPP vi rientrano 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 che seguono.*

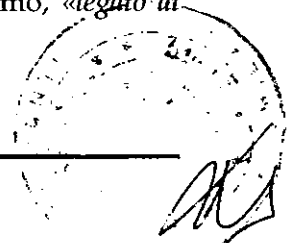
Il contratto di partenariato pubblico-privato, dunque, è uno schema negoziale che nel sinallagma contrattuale ha anche la causa giuridica tipica dei negozi di finanziamento; infatti, nella prassi, detto schema negoziale ha trovato la sua principale ragione di essere proprio nell'esigenza di traslare dall'Amministrazione pubblica all'operatore economico di diritto privato il compito di reperire la provvista finanziaria per la realizzazione di un'opera. La funzione economico-sociale dello schema del contratto di PPP, ad ogni modo, non si esaurisce nel finanziamento ma si colora, a seconda dei diversi tipi contrattuali riconducibili a questo schema negoziale, della funzione economica-sociale di realizzare la progettazione, la costruzione o la manutenzione di un'opera, nonché la fornitura dei beni e servizi necessari al funzionamento della stessa etc.. In questo senso, quindi, i contratti riconducibili allo schema di PPP si connotano come contratti di durata che *«pur permettendo alla PA di usufruire di un'infrastruttura senza doverne sopportare immediatamente il costo di realizzazione, non costituiscono necessariamente, per l'ordinamento contabile europeo (SEC 2010), "indebitamento", o meglio, "debito" (in particolare, ai fini della redazione del "conto economico consolidato delle amministrazioni pubbliche"), ma solo nella misura in cui l'allocazione dei rischi tipizzati dal legislatore (di "costruzione" ed uno fra "disponibilità" e "domanda", cfr. art. 180, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016), in base alle clausole del concreto contratto stipulato, sia prevalentemente posta a carico della PA committente (può farsi rinvio, altresì, alla sintetica definizione di "rischio operativo" contenuta nell'art. 3, comma 1, lett. zz), del d.lgs. n. 50 del 2016, per le concessioni di lavori o di servizi, l'archetipo dei contratti di PPP). Se, invece, i rischi contrattuali sono correttamente allocati in capo all'operatore economico privato, in aderenza alle decisioni Eurostat (in particolare, a quella dell'11 febbraio 2004, citata anche nella deliberazione della Sezione delle Autonomie n.*



26/2016/QMIG), richiamate dall'art. 3, comma 1, lett. eee), del d.lgs. n. 50 del 2016, l'operazione non va qualificata in termini di indebitamento (*rectius*, debito) per la PA committente, ma ritenuta, come detto in gergo, "off balance". Al contrario, nel caso in cui la locazione finanziaria di opere pubbliche, come altro contratto di PPP, mascheri l'assunzione di debito per la PA committente, in quanto i rischi sono allocati prevalentemente su quest'ultima (in virtù di garanzie, clausole di indicizzazione dei prezzi, mancata decurtazione del canone in assenza del godimento del bene, adeguamento del corrispettivo di riscatto in caso di incremento dei costi di costruzione, etc.), allora il contratto viene considerato fonte di debito per la PA (e, come tale, va contabilizzato on balance)» (C. conti, sez. contr. Lombardia /230/2017/PAR del 6 settembre 2017, nonché C. conti, sez. Aut., deliberazione n. 15/2017/QMIG).

L'autonomia negoziale dei contraenti che intendono avvalersi dello schema negoziale di PPP trova un limite legale nel dovere di concludere un accordo idoneo ad assicurare l'equilibrio economico e finanziario del rapporto negoziale, ossia nel dovere di pattuire clausole negoziali idonee a garantire «la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria»; intendendo, per "convenienza economica", «la capacità del progetto di creare valore nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito» e, per sostenibilità finanziaria, «la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento» (art. 3, comma 1, lett. fff) d.lgs. n. 50/16).

L'equilibrio economico e finanziario nel corso dell'esecuzione del rapporto, dunque, non può prescindere da una corretta allocazione dei rischi in sede di conclusione del contratto, tant'è che lo stesso Legislatore indica come essi debbono essere ripartiti. In particolare, alla luce del combinato disposto del comma 3 dell'art. 180 e del comma 1, lettere aaa), bbb) e ccc) dell'art. 3 del codice degli appalti, nel contratto di partenariato pubblico privato in capo all'operatore economico è trasferito il rischio di costruzione (ossia, «il rischio 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»), il rischio di disponibilità (*alias*, «il rischio legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti») o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, il rischio di domanda dei servizi resi durante il periodo di gestione dell'opera da parte dell'operatore economico ("rischio", quest'ultimo, «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 comma 3 dell'art. 180 cit, poi, aggiunge che *«il contenuto del contratto è definito tra le parti in modo che il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore economico, per eseguire il lavoro o fornire il servizio, dipenda dall'effettiva fornitura del servizio o utilizzabilità dell'opera o dal volume dei servizi erogati in corrispondenza della domanda e, in ogni caso, dal rispetto dei livelli di qualità contrattualizzati, purché la valutazione avvenga ex ante. Con il contratto di partenariato pubblico privato sono altresì disciplinati anche i rischi, incidenti sui corrispettivi, derivanti da fatti non imputabili all'operatore economico».*

Chiarita la funzione economico-sociale dello schema negoziale di PPP, nonché i limiti che il legislatore fissa alle parti in sede di ripartizione dei rischi al fine di garantire *«la convenienza economica e la sostenibilità finanziaria»* della operazione sottesa al PPP, occorre esaminare come in concreto possono strutturarsi le contropartite economiche poste a carico dell'Amministrazione committente evidenziando, ai fini del quesito formulato dall'ente istante, che il legislatore opera una linea di demarcazione "temporale" tra la fase della progettazione/costruzione dell'opera e la fase della gestione della stessa.

In particolare, "il prezzo" che deve essere già definito in sede di gara per l'individuazione dell'operatore economico del negozio di PPP può consistere *«in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico. A titolo di contributo può essere riconosciuto un diritto di godimento, la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera da affidare in concessione. Le modalità di utilizzazione dei beni immobili sono definite dall'amministrazione aggiudicatrice e costituiscono uno dei presupposti che determinano l'equilibrio economico-finanziario della concessione»* (art. 180, comma 6, d.lgs. n. 50/16). Dunque, il "prezzo" -ossia, il trasferimento patrimoniale e/o finanziario che può assumere le forme più diverse, dalla dazione di un contributo al trasferimento di un diritto reale o al riconoscimento di un diritto di godimento- per poter essere ricondotto all'onere economico indicato dal comma 6 in discorso, in ragione del tenore letterale della norma, deve avere una funzione remuneratrice per l'onere che grava sull'operatore economico di finanziamento dell'opera.

In quest'ottica, conseguentemente, deve essere letta la clausola di chiusura contenuta nel comma 6 oggetto del presente parere. La norma, in particolare, recita *«in ogni caso, 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».* In altri termini, il "prezzo" in senso lato che l'Amministrazione si impegna a trasferire (con le diverse modalità sin qui indicate) all'operatore economico per remunerarlo anche dell'onere a carico di quest'ultimo di reperire le risorse finanziarie, da punto di vista strettamente finanziario, per non essere considerato indebitamento dell'Amministrazione pubblica non può in ogni caso *"essere superiore al quarantanove per cento del costo dell'investimento complessivo"*.

Detta conclusione, d'altra parte, non solo è più coerente con la collocazione sistematica della norma; ossia, a chiusura del comma 6 che disciplina gli strumenti per garantire l'equilibrio economico-finanziario del PPP in sede di progettazione e costruzione. Bensì è anche in linea con la formulazione letterale della norma che, laddove usa l'espressione *"o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione"*, è strutturata come vera e propria clausola di chiusura per tutte quelle pattuizioni che i contraenti -nell'esercizio della loro autonomia negoziale- possono prevedere per compensare l'assunzione dell'indebitamento da parte dell'operatore economico che deve progettare e/o realizzare l'opera.

Diversamente, il canone di disponibilità al quale fa riferimento il comma 4 -e, anche se non oggetto del presente parere, il successivo comma 5- del medesimo art. 180, è il "corrispettivo" che può essere posto a carico dell'Amministrazione per la messa a "disponibilità dell'opera" o per "la domanda di servizi"; canone che viene pattuito solo al fine di regolamentare le partite economiche della successiva fase di gestione dell'opera realizzata con lo strumento del PPP. Ne consegue che se l'Amministrazione prevede la corresponsione di un canone per la messa a "disponibilità dell'opera" o per "la domanda di servizi", questo -per essere realmente ricondotto al paradigma normativo del comma 4 e, quindi, essere anche escluso dal tetto del 49% fissato dal comma 6- deve in concreto essere modulato e quantificato in modo tale da remunerare esclusivamente detta "disponibilità dell'opera" o "domanda di servizi".

#### PQM

la Corte dei conti - Sezione regionale di controllo per la Regione Lombardia - afferma che: il canone di disponibilità di cui al comma 4, dell'art. 180 del d.lgs. n. 50/16 va escluso dal tetto del 49% del costo complessivo dell'investimento di cui al comma 6 del medesimo art.

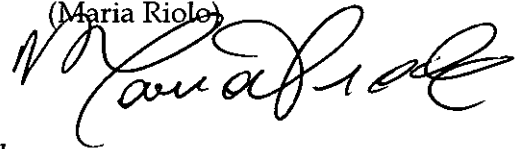
180 quando in concreto è modulato e quantificato in modo tale da remunerare esclusivamente solo la "disponibilità dell'opera" o la "domanda di servizi".

Così deliberato nella Camera di consiglio del giorno 24 settembre 2019.

Il Relatore  
(Laura De Renzis)



Il Presidente  
(Maria Riolo)



Depositata in Segreteria il  
25 SET 2019

Il Funzionario preposto  
al servizio di supporto

