



*Corte dei Conti*

SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER L'EMILIA-ROMAGNA

composta dai magistrati\*:

dott. Marco Pieroni	presidente
dott. Massimo Romano	consigliere
dott. Tiziano Tessaro	consigliere
dott.ssa Gerarda Maria Pantalone	consigliere (relatore)
dott. Marco Scognamiglio	referendario
dott.ssa Khelena Nikifarava	referendario
dott.ssa Elisa Borelli	referendario
dott.ssa Ilaria Pais Greco	referendario

\* riuniti mediante collegamento telematico

**Adunanza del 20 gennaio 2021**

**Richiesta di parere del Comune di Salsomaggiore Terme (PR)**

Visto l'art. 100, secondo comma, della Costituzione;

Vista la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3;

Visto il testo unico delle leggi sull'ordinamento della Corte dei conti, approvato con il regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214 e successive modificazioni;

Visti la legge 14 gennaio 1994, n. 20 e il decreto-legge 23 ottobre 1996, n. 543, convertito con modificazioni dalla legge 20 dicembre 1996, n. 639, recanti disposizioni in materia di giurisdizione e di controllo della Corte dei conti;

Visto il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti di cui alla deliberazione delle Sezioni Riunite del 16 giugno 2000, n. 14, e successive modificazioni;

Vista la legge 5 giugno 2003, n. 131, recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3;

Vista la legge della Regione Emilia-Romagna 9 ottobre 2009, n. 13, istitutiva del Consiglio delle autonomie locali;

Vista la deliberazione della Sezione delle autonomie del 4 giugno 2009 n.

9/SEZAUT/2009/INPR;

Vista la deliberazione della Sezione delle autonomie del 19 febbraio 2014 n. 3/SEZAUT/2014/QMIG;

Viste le deliberazioni delle Sezioni Riunite in sede di controllo n. 8 del 26 marzo 2010 e n. 54 del 17 novembre 2010;

Vista la richiesta di parere avanzata dal Sindaco del Comune di Salsomaggiore Terme in data 14 dicembre 2020;

Vista la nota di sintesi istruttoria del gruppo tecnico del C.A.L. sulla richiesta di parere formulata;

Vista l'ordinanza presidenziale n. 4/2021 con la quale la Sezione è stata convocata via teams per l'odierna camera di consiglio;

Udito nella camera di consiglio il relatore dott.ssa Gerarda Maria Pantalone;

### **Fatto**

Il Sindaco del Comune di Salsomaggiore Terme (PR) rivolge, tramite il Consiglio delle Autonomie Locali, a questa Sezione regionale di controllo una richiesta di parere ai sensi dell'art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131, in merito *"all'ambito di applicazione degli artt. 3, comma 1, lett. eee, 180, e 187 del D.lgs. 50/2016 nonché di esprimersi sulle corrette modalità operative da seguire per la contabilizzazione della proposta di contratto riconducibile allo schema di P.P.P. (Partenariato Pubblico Privato) mediante locazione finanziaria di opera pubblica, ricevuta da un operatore economico, avente ad oggetto: "la progettazione definitiva ed esecutiva, la riqualificazione, il finanziamento, il mantenimento in efficienza per 20 anni del centro sportivo comunale di Bertanella in comune di Salsomaggiore Terme."*

Il Sindaco, evidenziando che si tratta di un'opera di pubblica utilità considerata "fredda" e che il Comune, in ragione della sua *funzione didattica e sociale*, una volta realizzata, intende assumerne *direttamente o tramite partecipata* la gestione, sintetizza il contenuto della proposta di Partenariato Pubblico Privato, ricevuta dalla Mast srl il 3 agosto 2020, precisando che in essa è previsto:

. che si segue la procedura di cui all'art. 183 commi 15 e 16 del decreto legislativo.50/2016 e ss.mm.ii., utilizzando per quanto riguarda il sistema di finanziamento, la locazione immobiliare in costruendo ai sensi dell'art. 187 del medesimo decreto legislativo;

. che la matrice dei rischi, secondo il modello ANAC, ne trasferisce due su

tre (costruzione e disponibilità) all'operatore economico;

. nessun contributo relativo ai costi di costruzione è a carico dell'Amministrazione;

. l'Ente ha facoltà di riscattare il bene alla fine del periodo di locazione;

. nel *Value for Money* si garantisce un beneficio netto positivo maggiore rispetto ad altre forme di affidamento alternative;

. il *Public Sector Comparator* (PSC) viene asseverato da società di revisione iscritta in apposito albo tenuto presso il Ministero dello Sviluppo Economico;

. il Comune cede al soggetto finanziatore, che lo acquisisce per 33 anni, il diritto di superficie dell'area destinata ad ospitare la riqualificazione degli impianti sportivi. Ove, alla scadenza del contratto di locazione finanziaria, la stazione appaltante esercita l'opzione di riscatto, ipso iure opererà il trasferimento a suo favore della proprietà dell'opera realizzata, che continuerà ad insistere sull'area di competenza del comune.

Il Sindaco rappresenta inoltre che il progetto dell'opera non è previsto nell'attuale programmazione di interventi approvati dal comune e che dovrà pertanto essere inserito nel Piano Opere Pubbliche 2021/2023 e riporta i pareri espressi dal responsabile finanziario e dell'Ente e dal Collegio dei Revisori dei Conti sulla proposta ricevuta.

In particolare riferisce che il Responsabile finanziario ha espresso il seguente parere favorevole: *"La proposta di PPP (Partenariato Pubblico Privato), viste le risultanze dell'istruttoria condotta, appare nel suo complesso di sicuro interesse pubblico, di certa fattibilità, rispondente alle caratteristiche delle linee guida ANAC, pur non essendo lo strumento economicamente più vantaggioso"*.

Il Collegio dei Revisori dei Conti in merito al rispetto delle norme di cui al decreto legislativo 50/2016, alla correttezza della contabilizzazione "off balance" o "on balance" e sulla proficuità dell'investimento, anche in comparazione con altri strumenti del settore bancario privato, *"ha espresso parere favorevole con riserva invitando l'Ente a richiedere l'ausilio di codesta Corte"*.

Il Sindaco di Salsomaggiore Terme, quindi, chiede ausilio a questa Sezione:

- in merito alla correttezza della contabilizzazione "off balance";
- su quali comportamenti porre in essere per non compromettere gli equilibri di bilancio futuri nel rispetto del principio della prudenza, ove la contabilizzazione sia considerata "on balance";
- se è necessario procedere con la comparazione con altri strumenti finanziari del settore bancario privato.

## **Diritto**

### **1. Ammissibilità**

In via preliminare rispetto all'esame nel merito della questione, questa Sezione è tenuta a verificarne l'ammissibilità, ovvero la concomitante sussistenza dei presupposti (soggettivo e oggettivo) richiesti dalla legge.

A tal riguardo deve richiamarsi innanzitutto l'art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131, secondo il quale *"le Regioni possono richiedere ulteriori forme di collaborazione alle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti ai fini della regolare gestione finanziaria e dell'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, nonché pareri in materia di contabilità pubblica. Analoghe richieste possono essere formulate, di norma, tramite il Consiglio delle autonomie locali, se istituito, anche da Comuni, Province e Città Metropolitane"*.

In base a consolidata giurisprudenza di questa Corte, ai fini dell'ammissibilità della richiesta devono sussistere contestualmente le seguenti condizioni:

- la richiesta deve essere formulata dall'organo politico di vertice e rappresentante legale degli Enti legittimati alla richiesta (Regione, Provincia, Comune);

- il quesito deve rientrare esclusivamente nella materia della "contabilità pubblica", che può assumere un ambito limitato alla normativa e ai relativi atti applicativi che disciplinano, in generale, l'attività finanziaria che precede o che segue i distinti interventi di settore, ricomprendendo in particolare la disciplina dei bilanci e i relativi equilibri, l'acquisizione delle entrate, l'organizzazione finanziaria-contabile, la disciplina del patrimonio, la gestione delle spese, l'indebitamento, la rendicontazione e i relativi controlli e non può ampliarsi a tal punto da ricomprendere qualsivoglia attività degli Enti che abbia, comunque, riflessi di natura finanziaria, comportando, direttamente o indirettamente, una spesa.

#### **1.1. Ammissibilità soggettiva**

La richiesta di parere risulta ammissibile sotto l'aspetto soggettivo in quanto sottoscritta dal Sindaco del Comune, organo legittimato a rappresentare l'ente.

#### **1.2. Ammissibilità oggettiva**

1.2.1. Sotto il profilo dell'ammissibilità in senso oggettivo occorre verificare la contestuale sussistenza di tre requisiti che devono caratterizzare il quesito:

a) l'attinenza alla materia della contabilità pubblica, b) il requisito della

generalità e astrattezza e c) la non interferenza con altre funzioni svolte dalla magistratura contabile o di diverso ordine giurisdizionale.

1.2.2. Quanto all'attinenza alla contabilità pubblica, occorre delineare i contorni della materia come fissati dalla giurisprudenza contabile, consistenti nel sistema di principi e norme che regolano l'attività finanziaria e patrimoniale dello Stato e degli Enti pubblici.

La funzione consultiva riconosciuta alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, coerentemente con le finalità di coordinamento della finanza pubblica perseguite dalla legge attributiva, si esplica esclusivamente su quesiti attinenti all'interpretazione di norme di contabilità e finanza pubblica, in modo da assicurarne una uniforme applicazione da parte delle autonomie territoriali.

Con deliberazione n.54 del 2010, le Sezioni Riunite in sede di controllo 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; pertanto la funzione consultiva deve svolgersi anche in ordine a quesiti che risultino connessi alle modalità di utilizzo delle risorse pubbliche, nel quadro di specifici obiettivi di contenimento della spesa sanciti dai principi di coordinamento della finanza pubblica contenuti nelle leggi finanziarie in grado di ripercuotersi direttamente sulla sana gestione finanziaria dell'Ente e sui pertinenti equilibri di bilancio.

In questa accezione di "contabilità pubblica", nell'ambito del corretto utilizzo delle risorse pubbliche e della gestione della spesa pubblica, rientrano certamente le questioni attinenti l'individuazione dell'ambito applicativo di disposizioni che regolano la contabilizzazione "off balance" o "on balance" che incide sui futuri equilibri di bilancio dell'Ente.

Sotto tale aspetto la richiesta di parere si presenta oggettivamente ammissibile.

1.2.3. Circa l'ulteriore requisito della generalità e dell'astrattezza della questione si rappresenta che la giurisprudenza consultiva della Corte ha avuto ampio modo di affermare come l'ausilio consultivo non deve tradursi in un'intrusione nei processi decisionali dell'ente territoriale e pertanto non può riguardare valutazioni su casi o atti gestionali specifici che implicano una compartecipazione all'amministrazione attiva, incompatibile con la posizione di terzietà e di indipendenza della Corte quale organo magistratuale.

Il parere potrà quindi essere reso solo su questioni di carattere generale che si prestano ad essere astrattamente valutate, né è ammissibile l'esercizio ex post

della funzione consultiva.

L'esigenza che i quesiti siano formulati in termini generali ed astratti non implica comunque un'insostenibile interpretazione in astratto, che prescindendo dal tutto dalla considerazione dei fatti gestionali ai quali applicare le norme coinvolte nella richiesta di parere e che quindi spezzi il necessario circolo interpretativo tra le esigenze del caso e quelle del diritto.

Più semplicemente il fatto, così come più volte affermato dalla Sezione Autonomie – e, da ultimo, con delibera n.17/SEZAUT/2020/QMIG resa su altra questione - alla cui regolazione è destinata la norma da interpretare non sarà un fatto storico concreto, come avviene nelle questioni da risolvere in via giurisdizionale, ma la sua configurazione ipotetica, restando in tal modo assicurata l'esclusione di un coinvolgimento della Sezione in specifiche problematiche gestionali o strumentali. Nel caso oggi all'esame si è in presenza di specifici e circostanziati quesiti riguardanti una ben definita attività amministrativa-contabile il cui iter peraltro risulta già avviato dall'Ente anche con il coinvolgimento dei propri organi politici e tecnici.

Invero la richiesta di parere formulata dal Comune di Salsomaggiore Terme, sulla base della documentazione trasmessa, è tesa a conoscere le corrette modalità operative da seguire per la contabilizzazione di una proposta di contratto di Partenariato Pubblico Privato, mediante locazione finanziaria presentata dalla Mast srl il 3 agosto 2020 ed integrata il successivo 30 ottobre a richiesta dello stesso ente e su cui si è sviluppato un iter procedimentale che ha già prodotto tra gli altri:

- . una proposta di delibera di consiglio comunale n.52 del 2 novembre 2020 avente ad oggetto in particolare l'approvazione del progetto di fattibilità e la dichiarazione di pubblica utilità;
- . i pareri di regolarità tecnica e contabile rilasciati rispettivamente il 2 ed il 24 novembre 2020 dal dirigente dell'Area 2 Economica e Servizi;
- . il parere del Responsabile finanziario dell'Ente;
- . il parere reso dal Collegio dei Revisori dei Conti con verbale n. 28 del 30 novembre 2020.

Proprio in relazione a tale parere che è stato espresso in termini favorevoli ma con riserva in ordine a significative criticità rilevate, oltre che per difficoltà interpretative dell'operazione, viene richiesto, su suggerimento dello stesso Collegio dei Revisori dei Conti, il supporto di questa Sezione.

La richiesta così formulata non si presenta sorretta dal necessario grado di astrattezza e generalità, comportando per contro un'ingerenza della Corte in

attività di amministrazione attiva di stretta spettanza dell'ente locale e sulle cui scelte potrebbero poi essere chiamati ad intervenire altri organi giurisdizionali in ordine alle decisioni assunte.

Sotto tale profilo ne va pertanto dichiarata l'inammissibilità.

1.2.4. Ciò posto, la Sezione premette che, in un'ottica costituzionalmente orientata, la Corte dei conti fornisce ausilio collaborativo agli Enti Locali.

Nel sottolineare che non può prestare ausilio ad un organo di revisione che ai sensi di legge è chiamato a svolgere attività di collaborazione e consultiva agli organi consiliari degli enti locali, rileva come i diversi quesiti formulati richiamano l'intera disciplina normativa relativa alle operazioni di investimento "in collaborazione" pubblico-privato nel cui ambito vanno ben individuati i presupposti affinché possa procedersi alla contabilizzazione *off balance* e quindi senza incidenza sul bilancio pubblico ed i connessi vincoli finanziari.

Considerato quindi, in tale ottica, l'interesse generale di altri Enti locali per le occasioni che potranno presentarsi, nei limiti della propria funzione consultiva, il Collegio ritiene di poter rendere un parere unicamente in chiave astratta e generale sui profili normativi, fornendo una lettura delle disposizioni e dei connessi indirizzi giurisprudenziali e tralasciando ogni riferimento al caso concreto, la cui valutazione va rimessa alla esclusiva discrezionalità e responsabilità dell'Ente locale.

## **2. Merito**

### **2.1. La disciplina normativa del Contratto di Partenariato Pubblico Privato**

2.1.1. Il nuovo codice dei contratti pubblici, approvato con il decreto legislativo 18 aprile 2016, n.50 e successive modificazioni e integrazioni, contiene una organica disciplina dei rapporti di partenariato pubblico-privato, con l'evidente intento di incentivare l'utilizzo di strumenti innovativi di realizzazione di opere pubbliche di significativa complessità mediante il coinvolgimento dell'imprenditoria privata non solo nell'esecuzione delle opere ma anche nel reperimento di fonti di finanziamento e quindi di assunzione del rischio collegato allo sfruttamento economico dell'infrastruttura da parte del privato.

L'articolo 3 del citato decreto, al comma uno, lettere eee, definisce il contratto di partenariato pubblico privato (indicato di seguito anche PPP) come un contratto a titolo oneroso mediante il quale una stazione appaltante conferisce ad un

operatore economico, per un periodo determinato dall'ammortamento dell'investimento o dalle 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 connesso servizio, con assunzione del rischio da parte dell'operatore, secondo modalità individuate nel contratto stesso, richiamando per i profili di tutela della finanza pubblica, i contenuti delle decisioni Eurostat.

E' una nuova disciplina, che si completa con i successivi artt. 180 e 181, evolutiva rispetto al precedente codice dei contratti del 2006 che, senza specificarne gli elementi ed il regime giuridico, contemplava una prima individuazione normativa del partenariato pubblico-privato in relazione a talune specie indicate a titolo esemplificativo .

L'art.180 regola nel dettaglio il modello negoziale prevedendo che:

- i ricavi dell'operatore economico possono derivare dal canone corrisposto dall'ente concedente o da altre contropartite economiche anche sotto forma di introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna;

- gravano sull'operatore economico non soltanto il rischio di costruzione (legato, secondo la definizione contenuta nelle lettere aaa del primo comma del suddetto articolo 3, 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) ma anche il rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, quello relativo alla domanda dei servizi resi. Il rischio di disponibilità è definito dalle successive lettere bbb ed è legato alla capacità da parte del concessionario di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che standard di qualità previsti; il rischio di domanda, infine, ai sensi delle lettere ccc è legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancata utenza e quindi di flussi di cassa;

- il contenuto del contratto deve preventivamente determinare i criteri di adeguamento della remunerazione all'effettiva fornitura del servizio o utilizzabilità dell'opera, o al volume dei servizi erogati in corrispondenza della domanda ed in ogni caso al rispetto dei livelli di qualità contrattualizzati. Devono inoltre essere disciplinati i rischi, incidenti sui corrispettivi derivanti da fatti non imputabili all'operatore economico;

- l'amministrazione può scegliere di versare un canone proporzionalmente ridotto o annullato nelle ipotesi di ridotta o mancata disponibilità dell'opera o di



prestazione del servizio. Ove tali circostanze siano imputabili all'operatore, le variazioni del canone devono incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi dell'operatore economico;

- l'amministrazione può pattuire ex ante, a fronte della disponibilità dell'opera o della domanda di servizi, che venga corrisposta una diversa utilità economica, ovvero rimettere la remunerazione del servizio allo sfruttamento della stessa da parte dell'operatore economico che, pertanto, si assume il rischio di ogni fluttuazione negativa di mercato della domanda del servizio stesso;

- il presupposto per la corretta allocazione dei rischi è il raggiungimento dell'equilibrio finanziario così come definito dall'art. 3 comma 1 lettere fff, ossia la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria, intendendosi per l'una 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, per l'altra la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento. Il perseguimento di tale equilibrio può inoltre giustificare l'erogazione al soggetto privato di un contributo pubblico, consistente anche nel riconoscimento di un diritto di godimento strumentale e tecnicamente connesso all'opera, ovvero la cessione di beni immobili non più di interesse pubblico purchè la misura non ecceda il quarantanove per cento dell'investimento complessivo.

- nella tipologia dei contratti di partenariato pubblico-privato 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 relativa ad opere o servizi che presentino le caratteristiche in precedenza illustrate.

Con tale norma di chiusura il legislatore ha confermando l'approccio sostanzialistico europeo codificando nel nostro ordinamento un numero "aperto", ovvero forme atipiche di contratti PPP lasciando campo libero alla pubblica amministrazione di scegliere la forma e lo strumento ritenuto più idoneo per la realizzazione degli interessi pubblici, avvalendosi della collaborazione del privato (su cui incombe una corretta allocazione dei rischi) e di modelli di finanziamento innovativi.

Il successivo articolo 181 del decreto legislativo 50/2016 per quanto concerne le procedure di scelta del contraente prevede il ricorso a procedura ad evidenza pubblica anche mediante dialogo competitivo, richiedendo che la base di gara sia costituita da un progetto definitivo, uno schema di contratto e da un piano economico finanziario che disciplina la ripartizione dei rischi.

Impone all'amministrazione un'adeguata istruttoria mediante l'analisi della domanda e dell'offerta, della sostenibilità economica- sociale dell'operazione, della natura ed intensità dei diversi rischi verificandone la convenienza del contratto in collaborazione rispetto alla realizzazione diretta mediante il ricorso alle normali procedure d'appalto.

Prevede infine un costante monitoraggio e controllo, secondo le modalità definite dalle linee guida ANAC in particolare in ordine alla permanenza in capo all'operatore economico dei rischi trasferiti.

L'articolo 187 disciplina il contratto di locazione finanziaria, già introdotto nel nostro ordinamento giuridico con la legge finanziaria del 2007 e trasfuso nel precedente codice dei contratti pubblici, quale contratto - così come definito dal art. 3, comma 1, lettere ggg, del suddetto decreto legislativo - avente ad oggetto la prestazione di servizi finanziari e l'esecuzione di lavori di cui possono avvalersi le Amministrazioni per la realizzazione, acquisizione e completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità e viene qualificato come "appalto pubblico di lavori", salvo che questi ultimi abbiano un carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto stesso.

E' una ulteriore forma di realizzazione di lavori pubblici accanto ai tradizionali contratto di appalto e concessione di costruzione e gestione di cui possono avvalersi le pubbliche amministrazioni, specie per la realizzazione delle opere cosiddette "fredde", ossia non finanziabili dalla vendita di servizi agli utenti, come ospedali, scuole, impianti sportivi, che prevede un bando di gara molto dettagliato nel quale sono determinate oltre a tutte le generali indicazioni previste dal codice, i requisiti soggettivi, funzionali, economici, tecnico realizzativi ed organizzativi di partecipazione, le caratteristiche tecniche ed estetiche dell'opera, i costi , i tempi, e le garanzie dell'operazione, nonché i parametri di valutazione tecnica ed economica-finanziaria dell'offerta tecnicamente più vantaggiosa.

L'offerente può essere un contraente generale oppure anche un'associazione temporanea costituita dal soggetto finanziatore e dal soggetto realizzatore, responsabili ciascuno in relazione alla specifica obbligazione assunta.

Il soggetto finanziatore deve dimostrare alla stazione appaltante che dispone dei mezzi necessari ad eseguire l'appalto.

La sottoscrizione del contratto ha luogo previa presentazione di idonea documentazione inerente il finanziamento dell'opera ed il contratto si risolve di diritto se il finanziamento non si perfeziona entro 12 mesi (rischio di finanziamento che si accolla il privato).

La stazione appaltante pone a base di gara almeno un progetto di fattibilità;

l'aggiudicatario provvede ai successivi livelli progettuali ed all'esecuzione dell'opera.

Nella locazione finanziaria di opere pubbliche i vantaggi per la pubblica amministrazione attengono all'utilizzo di un bene senza sostenere nell'immediato l'esborso complessivo del suo valore, la possibilità di avere l'opera "chiavi in mano" senza dover espletare diversi procedimenti di gara, l'eliminazione dei rischi connessi alla realizzazione ed infine una gestione contabile semplificata derivante dal pagamento di un canone.

Ovviamente i reali vantaggi in termini economici sono strettamente collegati all'insieme delle condizioni e clausole contrattuali quali ad esempio l'importo del canone su cui incidono interessi ed utile d'impresa, i costi accessori, il sistema di garanzie apprestate dalla pubblica amministrazione.

2.1.2. L'ANAC, con delibera n. 318 del 28 marzo 2018, emanata ai sensi del suddetto art. 181, ha definito le linee guida per il controllo da parte della pubblica amministrazione sull'attività dell'operatore economico in partenariato. Nella prima parte sono contenute indicazioni per l'identificazione e l'accurata valutazione dei rischi connessi ai contratti PPP a partire dalla fase che precede l'indizione della procedura di gara; nella seconda le prescrizioni con valore vincolante sulle modalità di svolgimento del controllo sull'attività svolta dall'operatore economico.

Rilievo significativo assumono le indicazioni relative alla valutazione dei rischi di costruzione, disponibilità e domanda così come definiti dalla normativa di riferimento e, sulla scorta dei principi europei, l'elencazione di una serie di altri rischi che possono presentarsi durante l'intero ciclo di vita del contratto e che necessitano di una valutazione *ex ante* e, tra questi, il rischio di commissionamento, amministrativo, espropri, ambientale/o archeologico, di finanziamento, finanziario, di insolvenza, delle relazioni industriali, di valore residuale, di obsolescenza tecnica, di interferenze.

La preliminare analisi dei rischi connessi alla costruzione e gestione dell'opera per verificarne la possibilità di trasferimento, così come richiesto dalle norme, all'operatore privato è condizione essenziale per poter qualificare giuridicamente un contratto come PPP con la conseguente applicazione di procedure speciali.

In tal senso è stata prevista la "matrice dei rischi" con l'obiettivo di disciplinare *ex ante* modalità e limiti di revisione delle condizioni economico finanziarie poste a base del piano economico finanziario e offerte in sede di gara.

La matrice in fase di programmazione è utile per la redazione del documento di fattibilità economica per verificare la convenienza del ricorso al partenariato

rispetto all'appalto tradizionale ai fini della necessaria ed adeguata istruttoria da espletare ai sensi dell'art. 181 del decreto legislativo 50/2016, oltre che costituire elemento di valutazione dell'offerta.

Per la costruzione della matrice - di cui viene fornito esemplare e che diventa parte integrante del contratto - occorre individuare tra l'altro tutti gli eventi (anche di non diretta responsabilità delle parti) che potrebbero influire sull'affidamento del servizio, il *risk assessment*, il *risk management*, l'esatta allocazione dei rischi tra pubblico e privato.

Vengono poi forniti indicatori ai fini del raggiungimento dell'equilibrio economico finanziario di cui all'art. 3 comma 1, lettera fff, del codice dei contratti da esporre nel PEF in dipendenza della metodologia utilizzata per l'analisi di convenienza economica e finanziaria del progetto relativi alla capacità dello stesso di generare ricchezza, alla redditività dell'operatore, alla sostenibilità finanziaria del progetto medesimo.

## **2.2. Le indicazioni Comunitarie - La Decisione Eurostat 11 febbraio 2004.**

A livello comunitario si è registrato un forte interesse per le forme di partenariato pubblico-privato quale strumento di cooperazione per un'efficace realizzazione degli interessi pubblici unitamente ad una forte attenzione sull'impatto delle diverse forme di tali contratti sul bilancio pubblico, attesi i vincoli finanziari imposti ad ogni Stato membro in termini di debito pubblico e di indebitamento netto.

La decisione Eurostat, richiamata dal comma 3 dell'articolo 180 dei contratti, ai fini del trattamento contabile degli effetti economici e finanziari sottesi ai contratti PPP (*Treatment of public-private partnerships*) del febbraio 2004, riguarda il trattamento contabile, nei conti nazionali, dei contratti a lungo termine, sottoscritti dalla Pubblica Amministrazione nel quadro dei partenariati con imprese private, specificando l'impatto sul bilancio e sul debito pubblico. La materia è stata poi definita nelle successive edizioni del *Manual on Government Deficit and Debt* (MGDD )

In particolare Eurostat raccomanda agli Stati membri che i beni (*asset*), oggetto di specifiche tipologie di PPP, caratterizzate da contratti di lunga durata, che prevedono da parte del privato la costruzione di una nuova infrastruttura ovvero la ristrutturazione di infrastruttura già esistente per un'opera di forte interesse pubblico, in cui la pubblica amministrazione sia il principale acquirente dei servizi,

non debbano essere classificati come attivo patrimoniale pubblico, ai fini del calcolo dell'indebitamento netto e del debito secondo le definizioni del regolamento europeo SEC (attualmente nella versione SEC 2010) solo se c'è un sostanziale trasferimento del rischio dalla parte pubblica alla parte privata .

L'operazione è quindi da contabilizzare *off balance* nel caso in cui:

- . il *partner* privato assume il rischio di costruzione;
- . il *partner* privato si assume almeno uno dei due rischi di disponibilità o quello di domanda.

Con le successive edizioni del MGDD, Eurostat ha chiarito in maniera sempre più puntuale il principio originariamente contenuto nella decisione del 2004, aggiungendo molteplici elementi utili per la valutazione complessiva dell'allocazione dei rischi/benefici tra il *partner* privato e la pubblica amministrazione.

In sostanza le infrastrutture realizzate possono essere considerate nei conti nazionali come attività non di proprietà della pubblica amministrazione solo se in modo chiaro nel contratto di PPP è stabilito che la maggior parte dei rischi è a carico del privato. In tal senso viene posta un'enfasi sempre maggiore sul ruolo centrale delle garanzie prestate dall'operatore pubblico al partner privato e sulle specifiche per la sostanziale interpretazione del criterio rischi/benefici.

In particolare il Sec 2010 prevede un'attenta analisi ai fini dell'allocazione del rischio estesa a tutte le previsioni contrattuali, non solo nella fase di origine del rapporto ma anche in quella attuativa e conclusiva, valutando tra gli altri, specie per le operazioni finanziariamente più complesse, il rischio del valore residuo e di obsolescenza connesso al minor valore del bene al termine del contratto soprattutto a fronte di un'opzione di acquisto della pubblica amministrazione con prezzo predeterminato e l'esistenza di finanziamenti o garanzie della parte pubblica di valore tale da annullare sostanzialmente in chiave compensativa i rischi formalmente assunti dal privato.

Per quanto concerne infine la locazione finanziaria distingue il "proprietario economico" (locatario) del bene, che assume i rischi operativi ed acquisisce i benefici economici derivanti dall'utilizzo del bene stesso ed il "proprietario giuridico" (locatore) che finanzia il locatario per l'acquisto del bene. Il bene pertanto figura nel bilancio del locatario e non del locatore, il relativo prestito figura come un'attività del locatore ed una passività del locatario.

### 2.3 Gli indirizzi giurisprudenziali della Corte dei conti

La delibera n.15/SEZAUT/2017/QMIG, resa dalla Sezione Autonomie della Corte dei conti a seguito di remissione di questione di massima della Sezione regionale della Lombardia (deliberazione n. 36/2017), costituisce un significativo punto fermo di riferimento in materia di partenariato pubblico privato ed in particolare per le operazioni di locazione finanziaria di opere pubbliche.

La Sezione, nel premettere come i principi contabili, di cui al decreto legislativo 118/2011, integrato e modificato con il decreto leg. 126/2014, pur se cedevoli rispetto alle fonti di rango primario, rappresentano un parametro normativo dal quale la Corte non può discostarsi, fornisce, sulla base della disciplina nazionale ed europea, l'interpretazione della figura negoziale del leasing nella prospettiva della finanza pubblica, quale strumento di partenariato pubblico privato e quale fonte di indebitamento.

Sottolinea come sotto il termine di leasing sono ricomprese una serie di opzioni negoziali, nate da prassi commerciali, che non trovano una definizione tipizzata in puntuali previsioni di legge, benché a livello giurisprudenziale e normativo si sia elaborata una divisione tra il leasing finanziario, caratterizzato dall'effetto traslativo della proprietà al termine dell'operazione e nel quale, secondo il Sec 2010, vengono in rilievo le due figure del proprietario giuridico ed economico del bene (inteso come colui che assume i rischi ed acquisisce i benefici derivanti dall'utilizzazione del bene) e leasing operativo dove, invece, si riscontra solo il godimento di un bene, ma comunque anch'essi non relativi a fattispecie tipizzate e quindi con il rischio di celare diverse cause, anche elusive di norme (ad esempio tributarie), ovvero cause illecite.

Il *leasing* finanziario, ai sensi del decreto legislativo n. 118 del 2011, così come modificato nel 2014, è stato inserito tra le fonti di indebitamento ai sensi della legge n. 350/2003, con una previsione ritenuta dalla Sezione Autonomie assoluta *iuris et de iure*, modificata poi in relativa *iuris tantum* con il decreto legislativo n. 50/2016, salvo che l'Amministrazione non dimostri, previa valutazione della convenienza ed economicità dell'operazione che i rischi siano allocati in attuazione della normativa italiana ed europea in capo al privato.

Con il nuovo codice dei contratti, l'assunzione del rischio a carico dell'operatore privato è elemento caratterizzante del contratto di partenariato pubblico privato ed il richiamo alle decisioni Eurostat operato dall'art 3 comma 1, lettere eee, non esclude, secondo la Sezione, che operazioni concluse sotto la definizione di PPP non possano essere qualificate come indebitamento. È pertanto necessario

operare una valutazione dei contenuti reali del contratto.

I profili di tutela della finanza pubblica sono da ricondurre alla salvaguardia degli equilibri di bilancio di cui agli artt. 81 e 97 della Costituzione con riguardo alla sostenibilità della spesa per l'indebitamento e del rispetto del principio di copertura della spesa.

In tale quadro, viene anche superato l'apparente contrasto tra i principi applicativi della contabilità finanziaria, che estendono la connotazione di "contratti di finanziamento" ai diversi contratti assimilati al *leasing* finanziario (*leasing* immobiliare, *in costruendo* [...]) con le disposizioni del nuovo codice dei contratti che ammettono di fatto la possibilità che tali categorie di contratto possano beneficiare del trattamento *off balance*.

La locazione di opere pubbliche prevista dall'art. 187 è una specie ricadente sotto la disciplina del contratto di partenariato pubblico privato solo se la realizzazione dell'opera, la sua disponibilità e la percezione della sua utilità da parte dell'operatore economico rispondono allo schema negoziale tipico del partenariato ed il regolamento delle relative pattuizioni rifletta tutti i parametri e criteri contenuti nell'art. 180.

Elemento discriminante per la qualificazione del contratto come PPP non rilevante ai fini dell'indebitamento è l'espressa pattuizione dell'assunzione dei rischi da parte del privato.

Il contratto di *leasing* finanziario può quindi assumere la duplice connotazione: quella ordinaria che è e resta di indebitamento e quella di contratto di partenariato qualora risponda a tutti i requisiti previsti dalla normativa.

La Sezione afferma pertanto i seguenti principi:

*"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 articoli 3 e 180 del codice dei contratti, ai fini della registrazione nelle scritture contabili non sono considerate investimenti finanziati da debito".*

*"le procedure di realizzazione in partenariato di opere pubbliche e servizi che non siano sostanzialmente corrispondenti alla regolamentazione tipica generale, definita nelle surricordate norme del codice dei contratti, devono considerarsi rientranti nel novero dei contratti e delle operazioni assimilate al contratto di leasing finanziario, ai sensi dell'articolo 3 comma 17, della l. n. 350/2003, indipendentemente dalla qualificazione formale attribuita dalle parti, secondo le disposizioni contenute nel punto 3.25 del principio contabile applicato all. 4/2 al d.lgs n.118/2011, con ogni coerente conseguenza in termine di modalità di*

*contabilizzazione, di computo ai fini del calcolo del tetto del debito massimo ammissibile, di responsabilità per quanti contribuiscano a porre in essere atti negoziali elusivi del limite di indebitamento”.*

#### **2.4. La locazione finanziaria quale contratto di partenariato pubblico privato**

In relazione a quanto rappresentato nei paragrafi precedenti, il Collegio rileva come, per effetto delle disposizioni normative nazionali ed europee, i principi affermati dalla Sezione Autonomie, le linee guida ANAC, rivesta carattere di assoluta priorità l'analisi puntuale e concreta dei contenuti del contratto, ai fini della qualificazione dello stesso quale contratto di partenariato pubblico privato irrilevante per il bilancio pubblico e ciò in particolare per la locazione finanziaria, fattispecie ampia e non ben definita, sotto la cui veste possono celarsi ipotesi di obbligazioni che espongono la pubblica amministrazione in termini finanziari.

Pertanto, il Collegio ritiene che l'Ente locale, per valutare se nei casi concreti che si appropria a definire con gli operatori economici privati sussistono le condizioni per non contabilizzare nel proprio bilancio una locazione finanziaria per la realizzazione di un'opera di pubblica utilità di lunga durata debba scrupolosamente attenersi alle disposizioni surrichiamate considerando in particolare i seguenti parametri:

- il contratto di locazione finanziaria, conformemente ai principi della richiamata delibera della Sezione autonomie, potrà non essere considerato nel proprio bilancio come indebitamento solo nel caso in cui i contenuti reali del contratto rispondano pienamente, sia in sede di definizione che di attuazione e conclusione, alla disciplina contenuta negli articoli 3 e 180 del codice dei contratti ed alle decisioni Eurostat relative ai contratti di partenariato pubblico privato;
- ai fini della corretta allocazione dei rischi per il raggiungimento dell'equilibrio economico finanziario, l'Ente locale è tenuto oltre ai rischi di costruzione, disponibilità e domanda ad individuare e valutare preventivamente le ulteriori fattispecie di rischio previste nelle decisioni Eurostat e richiamate a titolo esemplificativo nelle linee guida ANAC del 2018, relativamente all'intera durata dell'operazione, attraverso un'accurata analisi dei contenuti di ogni pattuizione e dell'effetto complessivo del loro collegamento (garanzie, indicizzazione prezzi, decurtazione di canone, adeguamento del corrispettivo di riscatto, in



presenza di eventuali evenienze) che possano avere riflessi sul bilancio pubblico;

- l'ente locale è tenuto, avvalendosi di ampia ed approfondita istruttoria, estesa anche alla comparazione con i diversi prodotti finanziari presenti sul mercato, alla preliminare verifica della convenienza del ricorso alla fattispecie di partenariato pubblico privato rispetto all'alternativo e tradizionale appalto pubblico in termini di ottimizzazione dei costi a carico del proprio bilancio avuto riguardo sia alla capacità del progetto di generare ricchezza che alla redditività dell'operatore economico;
- eventuali operazioni comportanti oneri a carico dell'ente derivanti da contributi, garanzie, finanziamenti, canoni o altre prestazioni discendenti dal contratto per un importo superiore al 49% del valore complessivo del finanziamento non potranno che essere contabilizzate "on balance".

#### **P.Q.M.**

La Sezione regionale di controllo della Corte dei conti per l'Emilia-Romagna esprime il proprio parere sul quesito riportato in epigrafe nei termini di cui in motivazione.

#### **DISPONE**

- che la deliberazione sia trasmessa - mediante posta elettronica certificata - al Sindaco del Comune di Salsomaggiore Terme (PR) e al Presidente del Consiglio delle Autonomie locali della Regione Emilia-Romagna;
- che l'originale resti depositato presso la segreteria di questa Sezione regionale di controllo.

Invita il Comune alla pubblicazione della presente deliberazione sul sito istituzionale ai sensi dell'articolo 1, comma 9, lettera f), della legge 6 novembre 2012, n. 190, che consente di individuare specifici obblighi di trasparenza ulteriori rispetto a quelli previsti da disposizioni di legge, e nel rispetto del principio generale della trasparenza, intesa come accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, anche al fine di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, ai sensi dell'articolo 1, comma 1, del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33.

Così deliberato nella camera di consiglio del 20 gennaio 2021.

Il relatore  
Gerarda Maria Pantalone  
*(firmato digitalmente)*

Il presidente  
Marco Pieroni  
*(firmato digitalmente)*

Depositata in segreteria nella data di apposizione della  
firma del funzionario preposto.

Il funzionario preposto  
Rossella Broccoli  
*(firmato digitalmente)*