

## REDAZIONALI

# CONTRATTO DI DISPONIBILITÀ: SPESA *OFF BALANCE* SOLO SE IL RISCHIO RICADE SUL PRIVATO

del Dott. Gennaro Napolitano

*La Corte dei Conti, sezione regionale della Lombardia, con la deliberazione 23.10.2012, n. 439, ha precisato che il criterio per il trattamento contabile, nei conti nazionali, di un contratto di disponibilità è la ripartizione dei rischi tra soggetto pubblico e soggetto privato. Quindi la spesa che la pubblica amministrazione sostiene per effetto della stipula di un contratto di disponibilità non costituisce indebitamento (off balance) a condizione che la parte privata assuma il rischio di costruzione e almeno uno tra il rischio di disponibilità e quello di domanda.*

The Court of Auditors, regional Section of Lombardia, with decision n. 439 of 23.10.2012, has specified that the criterion for the accounting treatment in national accounts of an availability contract is risk distribution between government and private partner. So the assets involved in a public-private partnership should be classified as non-government assets, and therefore recorded off balance sheet for government, if both of the following conditions are met: the private partner bears the construction risk and the private partner bears at least one of either availability or demand risk.

*Sommario: 1. Premessa. 2. Analisi della funzione economico-sociale: il contratto di disponibilità come possibile ipotesi di collegamento negoziale. 3. Il sistema di ripartizione dei rischi tra art. 160 ter, co. 2, autonomia negoziale delle parti e prescrizioni comunitarie. 4. La stipula di un contratto di disponibilità incide sulla capacità dell'ente locale di ricorrere all'indebitamento ex art. 204 TUEL? 5. A quale tipologia di spesa (corrente o in conto capitale) vanno contabilmente imputati i pagamenti dei canoni di disponibilità? 6. Riflessioni conclusive.*

### 1. Premessa.

Il contratto di disponibilità è stato introdotto nel nostro ordinamento giuridico dall'art. 44, co. 1, lett. a) d.l. 24.1.2012, n. 1, convertito con modificazioni in l. 24.3.2012, n. 27<sup>1</sup>. Il legislatore riconduce espressamente il nuovo istituto nel novero dei contratti di partenariato pubblico privato<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Per una disamina della disciplina del contratto di disponibilità sia consentito rinviare a G. NAPOLITANO, *Il contratto di disponibilità: un nuovo modello contrattuale per rilanciare il partenariato pubblico-privato*, su questa stessa rivista, n. 2/2012.

<sup>2</sup> Ai sensi dell'art. 3, co. 15 *ter* del d.lgs. n. 163/2006, come modificato dall'art. 44, co. 1, lett. a) d.l. 24.1.2012, n. 1, "rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la

Le prime concrete applicazioni dello schema negoziale *de quo* hanno evidenziato alcuni profili problematici della relativa disciplina, che, sebbene alquanto dettagliata, pone non pochi dubbi in ordine alla esatta portata operativa del nuovo modello contrattuale.

Uno degli aspetti più rilevanti e dibattuti è certamente rappresentato dal trattamento contabile da riservare alla spesa sostenuta per effetto della stipula di un contratto di disponibilità, anche e soprattutto ai fini del rispetto dei limiti all'indebitamento posti in capo agli enti

*concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità(...)"*.

locali<sup>3</sup> e dei vincoli derivanti dal Patto di stabilità interno.

Sulla questione si è di recente pronunciata la Corte dei Conti, sezione regionale della Lombardia, con la delibera del 23.10.2012, n. 439. I giudici contabili sono stati sollecitati da una richiesta di parere avanzata dalla Provincia di Brescia ai sensi dell'art. 7, co. 8, l. 5.06.2003, n. 131<sup>4</sup>. Segnatamente, l'amministrazione bresciana ha posto i due seguenti quesiti: 1) se la stipula di un contratto di disponibilità possa influire sulla capacità dell'ente di far ricorso all'indebitamento alla luce delle disposizioni contenute nell'art. 204 d.lgs. 267/2000 e 2) se i pagamenti dei canoni di disponibilità, ai fini del calcolo per il rispetto degli obiettivi del Patto di stabilità interno, vadano imputati alla spesa corrente o alla spesa per investimenti.

Attraverso un'articolata delibera, i giudici contabili hanno colto l'occasione per fare chiarezza su alcuni aspetti della disciplina del contratto di disponibilità.

Il presente lavoro si pone l'obiettivo di illustrare e commentare le conclusioni a cui è giunta la Sezione regionale Lombardia, ponendosi ad integrazione dello scritto precedentemente pubblicato sul numero 2/2012 di questa stessa Rivista<sup>5</sup>.

## 2. Analisi della funzione economico-sociale: il contratto di disponibilità come ipotesi di collegamento negoziale.

Preliminarmente, i giudici contabili soffermano la propria attenzione sulla disciplina del contratto di disponibilità dettata dagli artt. 3, co. 15 *bis* e 160 *ter* del d.lgs. n. 163/2006, al fine di enuclearne taluni aspetti problema-

tici sotto il profilo prettamente civilistico. Dall'analisi del quadro normativo, infatti, la Sezione regionale sottolinea l'ampia autonomia che il legislatore ha attribuito alle parti dello schema negoziale *de quo*.

Autonomia che si può manifestare, da un lato, nella *personalizzazione* della causa giuridica del contratto, adattabile alle “*esigenze concrete che possono venire in rilievo in sede di realizzazione dell'opera privata destinata ad un servizio pubblico*”<sup>6</sup> e, dall'altra, nella possibilità di modellare e regolamentare i reciproci obblighi contrattuali con lo stesso margine di flessibilità.

Il contratto di disponibilità, pertanto, si propone come un modello negoziale flessibile e dinamico, non ancorato ad uno schema rigidamente prefissato<sup>7</sup>. I giudici contabili evidenziano, in particolare, la potenziale “*polydricità*” della causa giuridica del contratto di disponibilità nella misura in cui il legislatore, nell'art. 160 *ter*, ha previsto la possibilità di “*implementare il sinallagma funzionale integrando il canone pattuito per l'effettiva disponibilità dell'opera con un eventuale ulteriore contributo in corso d'opera per il riscatto dell'infrastruttura o, persino, con un vero e proprio corrispettivo per il trasferimento, da corrispondere al termine del contratto, dedotte tutte le somme già versate a titoli di canoni e a titolo di contributo in corso d'opera*”<sup>8</sup>.

Astrattamente, quindi, lo schema negoziale in commento può essere utilizzato per realizzare molteplici funzioni economico-sociali: a) la realizzazione di un'opera da parte di un soggetto privato con la sua successiva messa a disposizione, dietro corrispettivo, a favore di una P.A. per lo svolgimento di un determinato servizio pubblico (causa tipica del contratto di disponibilità)<sup>9</sup>; b) la realizzazione di

<sup>3</sup> Art. 204 d.lgs. n. 267/2000, Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali

<sup>4</sup> Dispone l'art. 7, co. 8, l. 5.6.2003, n. 131 che “*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*”.

<sup>5</sup> G. NAPOLITANO, *Il contratto di disponibilità: un nuovo modello contrattuale per rilanciare il partenariato pubblico-privato*, op. cit.

<sup>6</sup> C. Conti, sez. reg. Lombardia, Del. 23.10.2012, n. 439, par. 1, punto 7.

<sup>7</sup> Cfr. G. NAPOLITANO, *Il contratto di disponibilità: un nuovo modello contrattuale per rilanciare il partenariato pubblico-privato*, op. cit.

<sup>8</sup> C. Conti, sez. reg. Lombardia, Del. 23.10.2012, n. 439, par. 2.

<sup>9</sup> La Magistratura contabile in sede consultiva ha già avuto modo di osservare che il contratto di disponibilità si presta ad essere utilizzato “*per la realizzazione di opere c.d. “fredde”, cioè di infrastrutture destinate*

un'opera con un contributo pubblico (causa tipica della concessione di costruzione); c) la realizzazione di un'opera seguita dal riscatto della stessa da parte della PA (causa tipica del *leasing* immobiliare traslativo)<sup>10</sup>.

Alla luce dell'ampia autonomia negoziale riconosciuta alle parti, i giudici lombardi affermano che *“non si può asserire, in astratto ed in generale, quale sia la funzione economico-sociale che le parti intendono realizzare quando si avvalgono dello schema negoziale in esame”*<sup>11</sup>. Dovrà, quindi, essere l'interprete del caso concreto ad individuare, all'esito dell'analisi del regolamento contrattuale, la causa che *in concreto* le parti hanno voluto realizzare con l'operazione negoziale complessivamente considerata.

Pertanto, nell'ipotesi in cui, oltre alla corresponsione del canone *ex lett. a)* art. 160 *ter*, le parti abbiano inserito nel regolamento contrattuale una delle pattuizioni previste dalle lettere b) e c) ovvero ulteriori attribuzioni patrimoniali non tipizzate dal legislatore (come, ad esempio, la concessione a favore del privato del diritto di superficie sull'area dove realizzare l'opera), l'interprete del caso concreto sarà chiamato a delineare l'effettiva portata pratica dell'accordo tra P.A. e privato, *“vale a dire la causa giuridica in concreto realizzata dalle parti con l'operazione negoziale”*.

A tal proposito, i giudici contabili assumono che, nei termini sopra descritti, il contratto di disponibilità *“può rappresentare una tipica ipotesi di collegamento negoziale, con cui le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso attraverso il coordinamento di vari negozi, ciascuno dei quali, pur conservando una causa autonoma, è finalizzato ad un unico regolamento di interessi”*<sup>12</sup>.

---

*all'utilizzazione diretta della pubblica Amministrazione per lo svolgimento di un pubblico servizio (ad es. uffici pubblici)”*. Sul punto cfr. C. Conti, sez. contr. Puglia, del. n. 66/PAR/2012 del 31.05.2012.

<sup>10</sup> Sui rapporti tra contratto di disponibilità e *leasing* (nelle sue diverse declinazioni) cfr. C. Conti, sez. contr. Puglia, del. N. 66/PAR/2012 del 31.05.2012.

<sup>11</sup> C. Conti, sez. reg. Lombardia, del. 23.10.2012, n. 439, par. 2.

<sup>12</sup> C. Conti, sez. reg. Lombardia, del. 23.10.2012, n. 439, par. 3.

Ciò posto, ai fini della individuazione della disciplina applicabile alla fase di concreta attuazione del rapporto giuridico<sup>13</sup> si potrà anche fare riferimento, secondo i giudici contabili, ai principi elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza in materia di collegamento negoziale<sup>14</sup>.

### **3. Il sistema di ripartizione dei rischi tra art. 160 *ter*, co. 2, autonomia negoziale delle parti e prescrizioni comunitarie.**

Per espressa volontà del legislatore il contratto di disponibilità è, come abbiamo già ricordato, incluso nel novero degli schemi di partenariato pubblico-privato.

La Magistratura contabile ha avuto modo di valorizzare tale profilo sistematico<sup>15</sup>, opportunamente evidenziando la precipua rilevanza da ascrivere alla disciplina della ripartizione dei rischi tra le parti al fine dell'assoggettamento del contratto di disponibilità alle prescrizioni e agli indirizzi comunitari vigenti in materia di partenariato pubblico-privato<sup>16</sup>.

In particolare, il profilo afferente la ripartizione dei rischi tra soggetto pubblico e soggetto privato assume rilievo decisivo in ordine agli aspetti di contabilità pubblica connessi alla stipula di un contratto di disponibilità. In tale solco si inseriscono i quesiti posti dall'amministrazione provinciale di Brescia e che hanno fornito lo spunto per la pronuncia in commento. In altri termini, secondo i giudici contabili, la soluzione da dare alle questioni sollevate dall'amministrazione bresciana (se la spesa sostenuta in esecuzione di un contratto di disponibilità possa essere o meno considerata *off balance*, e quindi fuori dal debito pubblico, e se, ai fini del calcolo dei parametri relativi al rispetto degli obiettivi del

---

<sup>13</sup> L'art. 160 *ter* disciplina, infatti e naturalmente, la sola fase dell'evidenza pubblica, logicamente antecedente alla stipula del contratto.

<sup>14</sup> Sul collegamento negoziale cfr. G. SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Napoli 1983; C. COLOMBO, *Unità e pluralità negoziale: premessa ad una rilettura del collegamento negoziale*, Roma 1996; G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano 1999.

<sup>15</sup> Cfr. C. Conti, sez. contr. Puglia, del. n. 66/PAR/2012 del 31.05.2012.

<sup>16</sup> In questi termini il co. 15 *ter* dell'art. 3 d.lgs. n. 163/2006.

Patto di stabilità interno, i pagamenti del canone di disponibilità vadano imputati alla spesa corrente o alla spesa per investimenti) va individuata attraverso la disamina della concreta ripartizione dei rischi delineata dall'assetto negoziale sotteso alla stipula di un contratto di disponibilità. Tutto ciò, si ribadisce, alla luce delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti in materia<sup>17</sup>.

Lo stesso legislatore ha delineato, sebbene a grandi linee, il sistema di ripartizione dei rischi, in primo luogo prevedendo che "l'affidatario assume il rischio della costruzione e della gestione tecnica dell'opera" e in secondo luogo lasciando alla libera disponibilità delle parti la ripartizione degli ulteriori rischi connessi all'operazione negoziale (co. 2, art. 160 *ter*<sup>18</sup>).

E' evidente la volontà del legislatore di lasciare ampi margini di manovra alla autonomia negoziale delle parti anche in materia di ripartizione dei rischi collegati alla stipula ed alla esecuzione di un contratto di disponibilità. Pertanto, anche sotto questo profilo, viene in rilievo la già ricordata potenziale poliedricità della causa giuridica della nuova figura di PPP. Di essa, quindi, si dovrà necessariamente tener conto anche ai fini dell'analisi della rilevanza contabile dell'operazione sottesa allo schema negoziale *de quo*, avendo presente il peso che le specifiche e peculiari clausole negoziali possono rivestire nella definizione della funzione economico-sociale che in concreto le parti hanno inteso realizzare. Ne discende che per poter correttamente individuare la rilevanza contabile dell'operazione posta in essere con un contratto di disponibilità è necessario procedere, da parte dell'interprete

<sup>17</sup> Cfr. Decisione Eurostat dell'11.2.2004, della quale si dirà diffusamente *infra* nel testo. Sulla Decisione cfr. anche UTFP, *Partenariato pubblico-privato per la realizzazione di opere pubbliche: impatto sulla contabilità nazionale e sul debito pubblico*, ROMA, 6.2004.

<sup>18</sup> La disposizione ulteriormente stabilisce che, "salva diversa determinazione contrattuale (...), i rischi sulla costruzione e gestione tecnica dell'opera derivanti da mancato o ritardato rilascio di autorizzazioni, pareri o nulla osta e ogni altro atto di natura amministrativa sono a carico del soggetto aggiudicatore". Inoltre, il co. 5 dello stesso art. 160 *ter* precisa 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".

del caso concreto, ad un'analisi approfondita del contenuto del regolamento negoziale così come modellato dai contraenti. Analisi che, in particolare, "deve valorizzare il profilo dell'allocazione dei rischi tra soggetto pubblico e soggetto privato ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti".

#### **4. La stipula di un contratto di disponibilità incide sulla capacità dell'ente locale di ricorrere all'indebitamento ex art. 204 TUEL?**

Delineati in termini generali l'inquadramento civilistico del contratto di disponibilità e la sua rilevanza contabile, i giudici lombardi passano a risolvere i quesiti posti dalla Provincia di Brescia.

Partendo dalla questione circa il se e in che termini la stipula di un contratto di disponibilità possa influire sulla capacità di un ente locale di indebitarsi, attesi i limiti posti dall'art. 204 d.lgs. n. 267/2000, i giudici lombardi sottolineano la necessità di assumere come punto di riferimento le disposizioni comunitarie in materia rilevanza contabile delle operazioni di partenariato pubblico-privato.

Sulla questione, infatti, l'Istituto europeo di statistica (EUROSTAT), attraverso una serie di decisioni, ha delineato alcune solide coordinate. In particolare, viene in rilievo la Decisione dell'11.2.2004 (*Treatment of public-private partnerships*) con la quale l'EUROSTAT, in conformità con il SEC95<sup>19</sup>, ha affrontato specificamente e dettagliatamente il problema del trattamento contabile, nell'ambito dei bilanci nazionali, dei contratti di partenariato pubblico-privato.

I giudici contabili aderiscono pienamente agli indirizzi comunitari, ricordando che "alla stregua della Decisione Eurostat citata, i beni (assets) oggetto delle operazioni di PPP non

<sup>19</sup> Il SEC95, basato su un insieme di regole e convenzioni contabili, rappresenta l'applicazione a livello europeo dello SNA93 (*System of National Accounts*) ed è un sistema articolato e dettagliato di conti e di tavole che ha lo scopo di fornire una rappresentazione sistematica, comparabile ed esaustiva dell'attività economica posta in essere dagli operatori economici dei paesi dell'unione europea. Esso rappresenta, quindi, il riferimento metodologico sulla base del quale viene elaborata la base informativa utilizzata per le decisioni fondamentali degli organi di governo comunitari.

*devono essere registrati nei conti della pubbliche amministrazioni, ai fini del calcolo dell'indebitamento netto e del debito, solo se c'è un sostanziale trasferimento del rischio dalla parte pubblica alla parte privata. Ciò avviene nel caso in cui si verifichino contemporaneamente le seguenti due condizioni: 1) il soggetto privato assume il rischio di costruzione; 2) il soggetto privato assume almeno uno dei due rischi: di disponibilità o di domanda*".

Ne consegue che il sistema così delineato si fonda sul meccanismo di ripartizione dei rischi connessi all'operazione tra soggetto pubblico e soggetto privato. Solo se, e nei termini poco sopra indicati, il rischio sostanziale dell'operazione viene trasferito alla controparte privata il relativo onere non *pesa* ai fini della capacità dell'ente locale di indebitarsi (*off balance*). Lo scopo, evidentemente, è quello di pervenire ad una corretta classificazione delle operazioni di partenariato pubblico-privato nel bilancio delle amministrazioni aggiudicatrici.

La Sezione Lombardia della C.conti richiama pedissequamente le definizioni dei rischi *de quibus* contenute nella Circ. p.c.m. 27.3.2009, recante "*Criteri per la comunicazione di informazioni relative al partenariato pubblico-privato ai sensi dell'art. 44, co. 1bis del d.l. 31.12.2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, co.1, della l. 28.2.2008, n. 31*"<sup>20</sup>.

Tuttavia, avvertono i giudici contabili sulla scia delle raccomandazioni comunitarie, la sola analisi dell'allocazione dei rischi, sebbe-

ne condotta alla stregua "*delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti*" può, in taluni casi, condurre "*a non chiare conclusioni*". A fronte di una situazione di incertezza, Eurostat suggerisce di considerare ulteriori criteri, quali: la concessione di finanziamenti pubblici (compresi quelli in natura), l'eventuale esistenza di garanzie fornite dalla P.A. sul finanziamento; l'esistenza di clausole relative alla rescissione del contratto di PPP che prevedano il pagamento di un indennizzo da parte della P.A.; l'allocazione finale degli *assets* alla luce delle c.d. clausole di fine contratto (*termination clauses*)<sup>21</sup>.

Alla luce delle suesposte considerazioni si può concludere che, così come astrattamente ipotizzato dal legislatore (art. 160 *ter* d.lgs. n. 163/2006), il contratto di disponibilità sembra soddisfare i requisiti previsti da Eurostat affinché un'operazione di PPP possa essere considerata *off balance*. Tuttavia, lo stesso art. 160 *ter*, attesa la sua ampia formulazione, attribuisce all'autonomia negoziale delle parti notevoli margini di manovra. Pertanto, ben può accadere che le amministrazioni pubbliche ed i soggetti privati diano vita *in concreto* ad operazioni non in linea con il meccanismo di ripartizione dei rischi coerente con le decisioni Eurostat. In altre parole, "*non prevedendo la norma uno schema rigido o ben definito, il corretto inquadramento anche ai fini*

<sup>20</sup> L'art. 44, co. 1 *bis* d.l. 31.12.2007, n. 248 convertito, con modificazioni, dall'art. 1, co. 1 l. 28.02.2008, n. 31 stabilisce che «*al fine di consentire la stima dell'impatto sull'indebitamento netto e sul debito pubblico delle operazioni di partenariato pubblico-privato avviate dalle pubbliche amministrazioni e ricadenti nelle tipologie indicate dalla decisione Eurostat dell'11.2.2004, le stazioni appaltanti sono tenute a comunicare all'Unità tecnica finanza di progetto della Presidenza del Consiglio dei Ministri le informazioni relative a tali operazioni, secondo modalità e termini indicati in un'apposita circolare da emanarsi d'intesa con l'Istituto nazionale di statistica*». La Circolare in parola contiene una dettagliata ed esauriente definizione dei rischi di costruzione, di disponibilità e di domanda, la cui allocazione, si è detto, influenza la classificazione contabile delle operazioni di PPP.

<sup>21</sup> Il rilievo è espressamente contenuto in C. conti, contr. Puglia, del. n. 66/PAR/2012 del 31.05.2012, richiamata dalla Delibera in commento. Eurostat, in sede di elaborazione della terza versione del SEC95 (*third version*, pubblicata nell'ottobre del 2010) ha avuto modo di approfondire l'analisi di questi elementi accessori per la valutazione del riparto dei rischi tra i contraenti, sottolineando la necessità di una loro considerazione unitaria e congiunta. "*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*". Anche il nuovo SEC 95 ha confermato, in ogni caso, il criterio dei rischi come determinante il trattamento contabile delle operazioni di partenariato pubblico-privato.

contabili di ciascuna operazione non può che scaturire da un'attenta valutazione, caso per caso, delle singole fattispecie"<sup>22</sup>.

I giudici contabili lombardi, quindi, sul solco delle considerazioni già svolte dalla Sezione Puglia con la del. N. 66/PAR/2012 del 31.05.2012, confermano la necessità di addivenire, da parte dell'interprete del caso concreto, ad una analisi specifica e dettagliata dell'operazione economica complessivamente considerata sottesa ad un contratto di disponibilità, facendo applicazione non solo del criterio del riparto dei rischi, ma anche dei criteri ulteriori ed accessori delineati da Eurostat.

Una tale complessa valutazione, però, "deve tenere conto del fatto che il contratto di disponibilità in concreto può strutturarsi come un'ipotesi di collegamento negoziale, che, in quanto tale, impone all'interprete di effettuare una valutazione complessiva di tutte le attribuzioni patrimoniali tra loro collegate e che entrano a far parte del sinallagma contrattuale a prescindere dal fatto che l'operazione complessiva sia regolamentata in un unico documento o sia frutto di pattuizioni intervenute anche in fasi temporali successive".

La stessa analisi dei rischi d'impresa deve essere condotta "nella logica civilistica del sinallagma contrattuale che caratterizza i contratti commutativi". In quest'ottica, a titolo esemplificativo, assume una rilevanza fondamentale la valutazione dell'entità del canone, rispetto alla quale l'art. 160 *ter* non indica alcun parametro di quantificazione, lasciando alle parti ampia autonomia. E' evidente che qualora l'importo pattuito sia tale da coprire a favore del privato anche i costi di finanziamento dell'opera ci si troverà di fronte ad un'operazione in cui non si verifica quel sostanziale trasferimento del rischio in capo al privato che ne giustifica la classificazione *off balance*.

### **5. A quale tipologia di spesa (corrente o in conto capitale) vanno contabilmente im-**

<sup>22</sup> In questi termini, C. Conti, contr. Puglia, del. N. 66/PAR/2012 del 31.05.2012, *cit.*

### **putati i pagamenti dei canoni di disponibilità?**

La risposta al secondo quesito posto dalla Provincia di Brescia è lapidaria, in quanto strettamente connessa al profilo dell'incidenza del contratto di disponibilità sulla capacità di indebitamento della P.A. oggetto del primo quesito.

La Corte, nel rimarcare nuovamente l'ampia autonomia negoziale riconosciuta alle parti dall'art. 160 *ter*, precisa che "solo nell'ipotesi in cui, applicando rigorosamente il criterio del riparto dei rischi tra soggetto pubblico e privato, il contratto di disponibilità non costituisca in concreto una forma di indebitamento è possibile escludere l'iscrizione in bilancio del canone di disponibilità quale spesa di investimento".

In caso contrario, nell'ipotesi in cui le parti abbiano previsto a favore della P.A. la facoltà di riscatto *ex art.* 160 *ter*, co. 1, lett. c, "troveranno applicazione i principi espressi dalle Sezioni Riunite in sede di controllo nella Deliberazione n. 49 del 16.9.2011 (con la conseguente imputazione dei canoni di disponibilità al Titolo II - Spesa Investimenti - *ndr*), nella quale la Corte dei Conti, affrontando il tema dell'ammissibilità del ricorso al *leasing* immobiliare per la realizzazione di un'opera pubblica da parte degli Enti Locali, ha precisato che i relativi canoni "possono essere considerati come spesa di investimento, laddove sia prevista la facoltà di riscatto e questa venga successivamente esercitata; infatti, di norma, è particolarmente conveniente o addirittura necessario per l'amministrazione, al termine del periodo previsto dal contratto, esercitare il diritto di riscatto. Anche se solo in tale momento l'opera costruita entra a far parte del patrimonio dell'ente è possibile considerarne gli effetti finanziari sin dal momento della consegna che costituisce il momento dal quale la pubblica amministrazione ne trae vantaggio"<sup>23</sup>.

### **5. Riflessioni conclusive**

Il trattamento contabile delle operazioni di partenariato pubblico-privato in generale, e del contratto di disponibilità in particolare, va

<sup>23</sup> C. Conti, sez. riun. n. 49/CONTR/11 del 16.9.2011.

declinato secondo le stringenti indicazioni europee: è questa la conferma che arriva dalla magistratura contabile nel solco, peraltro, di quanto già stabilito, sebbene in maniera potremmo dire “*incidentale*” dal legislatore (art. 3, co. 15 *ter* d.lgs. 163/2006).

Ed il fulcro del sistema europeo di valutazione contabile dei modelli di *partnership* pubblico-privato è rappresentato dalla modulazione dei rischi tra P.A. e soggetto privato: solo se e nella misura in cui il “*peso*” della complessiva operazione economica graverà sostanzialmente sul partner privato, la PA potrà contabilmente considerare *off balance*, e quindi non incidente sul *deficit* e sul debito

pubblico, la relativa spesa.

Con specifico riguardo al contratto di disponibilità, poi, l’analisi della ripartizione dei rischi dovrà essere condotta necessariamente *case by case*, attesa la mutevolezza e l’elasticità di tale modello, alla luce della ampia autonomia riconosciuta dal legislatore alle parti nella definizione del contenuto concreto del regolamento contrattuale.

Ancora una volta, quindi, sarà solo l’applicazione pratica a dirci attraverso quali percorsi operativi si dipanerà il destino, contabile e non, di uno schema negoziale sotto certi aspetti eversivo rispetto alle tradizionali figure di PPP.

«.....GA.....»