



CONSIGLIO NAZIONALE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E
DEGLI ESPERTI CONTABILI

Osservatorio Enti Locali

Dicembre 2012

a cura
DELL' ISTITUTO DI RICERCA DEI DOTTORI
COMMERCIALISTI
E DEGLI ESPERTI CONTABILI



Stefano Ranucci

Roma, 5 febbraio 2013

IL TRATTAMENTO CONTABILE DEL CONTRATTO DI DISPONIBILITÀ	3
Il contratto di disponibilità caratteristiche e finalità.	3
Natura e allocazione dei rischi connessi alla sottoscrizione di un contratto di disponibilità.	5
Il parere n.66/2012 dalla Corte dei conti sez. reg. contr. Puglia: la definizione dei rischi	7
Il parere n.66/2012 dalla Corte dei conti sez. reg. contr. Puglia: la valutazione dei rischi	9
Il parere n.66/2012 dalla Corte dei conti sez. reg. contr. Puglia: la contabilizzazione del contratto di disponibilità	10
Il parere 439/2012 dalla Corte dei conti sez. reg. contr. Lombardia: l'autonomia contrattuale	11
Il parere 439/2012 dalla Corte dei conti sez. reg. contr. Lombardia: La valutazione "allargata" dei profili di rischio.	13
La contabilizzazione del contratto di disponibilità nel bilancio dell'ente locale	14

Il trattamento contabile del contratto di disponibilità

Con due deliberazioni della Corte dei Conti, rispettivamente la n. 66 del 31 maggio 2012 sezione regionale controllo Puglia e la n. 439 del 23 ottobre 2012 sezione regionale controllo Lombardia, sono state fornite interessanti indicazioni in merito alle modalità di contabilizzazione delle operazioni connesse alla sottoscrizione e attuazione del contratto di disponibilità da parte di un ente locale. Nello specifico, i magistrati contabili hanno illustrato le modalità di trattamento contabile dei flussi finanziari connessi alla sottoscrizione del contratto di disponibilità e la necessità o meno di inserire il valore dell'asset oggetto del contratto nel patrimonio dell'ente locale. L'interpretazione fornita dalle Corti contabili determina effetti rilevanti sull'attività di gestione degli enti locali e sulla convenienza al ricorso di tale strumento contrattuale. Infatti, l'eventuale inclusione del bene oggetto del contratto di disponibilità nel patrimonio dell'ente e il connesso trattamento dei flussi finanziari come spesa di investimento, determina conseguenze sull'indebitamento dell'ente e sui correlati vincoli definiti dalle disposizioni di legge oltre che sul calcolo del saldo obiettivo del Patto di stabilità. In tal senso i pareri espressi dai magistrati contabili sono potenzialmente in grado di incidere sulle valutazioni di convenienza sul ricorso al contratto di disponibilità da parte degli enti locali.

Nel seguito sono richiamate le principali caratteristiche del contratto di disponibilità, successivamente è illustrato il contenuto delle pronunce delle Corti contabili.

Il contratto di disponibilità caratteristiche e finalità.

Il contratto di disponibilità è stato introdotto nel nostro ordinamento dall'art. 44 del Decreto legge n. 1 del 24 gennaio 2012, come convertito dalla Legge n. 27 del 24 marzo 2012, mediante una modifica apportata al Codice dei contratti pubblici dei lavori, servizi e forniture (Codice dei contratti) di cui al Decreto Legislativo n. 163 del 12 aprile 2006.

All'art. 44, comma 1, lett. a) del D.L. n. 1/2012¹, è stata disposta la modifica dell'art 3 del Codice dei contratti mediante l'introduzione del comma 15 bis-1. In base alla richiamata disposizione normativa, si definisce contratto di disponibilità quel 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.”* Chiarisce la norma che: *“Si*

¹ Come convertito dalla Legge n. 27/2012.

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.”

Come esplicitamente dichiarato al comma 15-ter dell'art. 3 del Codice dei contratti, il contratto di disponibilità rientra *“nella più generale categoria dei contratti di partenariato pubblico-privato”*.

Si definisce contratto di partenariato pubblico- privato quel contratto avente ad 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, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti. Rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste.”*

Mediante la previsione del contratto di disponibilità, il legislatore ha inteso dotare le amministrazioni pubbliche di un nuovo strumento contrattuale, pratico e flessibile, per la realizzazione di quelle opere cd. “fredde”, ovvero, delle opere finalizzate all'erogazione di servizi pubblici che non sono in grado di produrre flussi finanziari positivi tali da consentirne l'autofinanziamento.

Le caratteristiche del contratto di disponibilità sono illustrate all'art. 160-ter del codice dei contratti.

Il citato articolo stabilisce che l'affidatario del contratto di disponibilità sia retribuito in base alle seguenti modalità:

- a) un canone di disponibilità, da versare soltanto in corrispondenza della effettiva disponibilità dell'opera. Il canone è proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o nulla disponibilità della stessa per manutenzione, vizi o qualsiasi motivo non rientrante tra i rischi a carico dell'amministrazione aggiudicatrice.
- b) Un eventuale riconoscimento di un contributo in corso d'opera. Comunque non superiore al cinquanta per cento del costo di costruzione dell'opera, in caso di trasferimento della proprietà dell'opera all'amministrazione aggiudicatrice.
- c) Un eventuale prezzo di trasferimento, parametrato, in relazione ai canoni già versati e all'eventuale contributo in corso d'opera di cui alla precedente lettera b), al valore di mer-

cato residuo dell'opera, da corrispondere al termine del contratto in caso di trasferimento della proprietà dell'opera all'amministrazione aggiudicatrice.

Mediante la sottoscrizione del contratto di disponibilità l'amministrazione pubblica riceve le disponibilità di un'opera privata (generalmente di nuova costruzione), da destinare all'erogazione di servizi pubblici, a fronte del pagamento di un canone di disponibilità e dell'eventuale pagamento di un contributo in corso d'opera finalizzato al cofinanziamento dei costi di realizzazione dell'opera stessa. Al termine del periodo di durata del contratto di disponibilità l'amministrazione pubblica ha la facoltà (se previsto nel contratto) di acquisire l'opera mediante il pagamento di un prezzo di trasferimento parametrato al valore di mercato dell'opera stessa e ai contributi versati.

Elemento caratteristico del contratto di disponibilità che differenzia tale strumento dalle altre modalità di ricorso al partenariato pubblico- privato (es. locazione finanziaria) è rappresentato dalle modalità di riparto dei profili di rischio associati alla realizzazione dell'opera tra aggiudicatario del contratto e amministrazione pubblica.

La tematica della individuazione dei rischi derivanti dalla stipula del contratto di disponibilità rappresenta un tema di elevato interesse per gli enti locali in quanto determina effetti:

- sul trattamento contabile delle grandezze finanziarie connesse al contratto
- sull'inserimento o meno dell'opera oggetto del contratto nel patrimonio dell'amministrazione pubblica sin dalla fase di avvio del contratto.

Tali aspetti sono approfonditi e chiariti nei due pareri espressi dalle Corti contabili evidenziando quali conseguenze determinano sui limiti all'indebitamento e sul calcolo del saldo obiettivo del Patto di Stabilità.

Natura e allocazione dei rischi connessi alla sottoscrizione di un contratto di disponibilità.

Come ricordato in precedenza, un elemento determinante ai fini dell'individuazione del trattamento contabile dei flussi finanziari connessi all'attuazione del contratto di disponibilità, sottolineato in entrambi i pareri della Corte, è rappresentato dall'allocazione dei rischi tra il soggetto pubblico e quello privato.

Come illustrato, il comma 15-bis.1 dell'art. 3 del codice dei contratti prevede che il rischio di costruzione e di messa a disposizione dell'opera sia attribuito alla società affidataria.

Successivamente, al comma 2 dell'art. 160-ter è stabilito che *“l'affidatario assume il rischio della costruzione e della gestione tecnica dell'opera per il periodo di messa a disposizione dell'amministrazione aggiudicatrice.”*

È tuttavia lasciata alla libertà contrattuale delle parti la possibilità di modulare la ripartizione dei rischi, adeguando di conseguenza i corrispettivi pattuiti. Stabilisce, in tal senso, il secondo periodo del comma 2 dell'art. 160-ter che *“il contratto determina le modalità di ripartizione dei rischi tra le parti, che possono comportare variazioni dei corrispettivi dovuti per gli eventi incidenti sul progetto, sulla realizzazione o sulla gestione tecnica dell'opera, derivanti dal sopravvenire di norme o provvedimenti cogenti di pubbliche autorità. Salvo diversa determinazione contrattuale i rischi sulla costruzione e gestione tecnica dell'opera derivanti da mancato o ritardato rilascio di autorizzazioni, pareri, nulla osta e ogni altro atto di natura amministrativa sono a carico del soggetto aggiudicatore.”*

Sempre in tema di rischi connessi all'attuazione del contratto relativi alla fase di progettazione, il successivo comma 5 dell'art. 160-ter, prevede 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.”*

Ad una lettura organica delle disposizioni relative al contratto di disponibilità ed alla ripartizione dei rischi, emerge dunque che per tutta la durata del contratto sono attribuiti al soggetto affidatario (il soggetto privato) tutti i rischi connessi alla progettazione, realizzazione e messa a disposizione dell'opera sia nella fase di costruzione che nella fase di suo utilizzo.

Le stesse previsioni connesse all'individuazione dei corrispettivi che l'amministrazione deve erogare all'affidatario prevedono meccanismi in grado di consentire una rimodulazione dei corrispettivi in funzione dell'effettiva fruibilità dell'opera e del valore di mercato della stessa (nell'ipotesi di acquisizione al termine del contratto).

Particolare attenzione è dedicata dal legislatore all'individuazione dei corrispettivi che l'amministrazione pubblica riconosce all'affidatario a titolo di contributo in corso d'opera e di contributo di trasferimento. La previsione di limiti massimi e di riferimenti al valore di mercato per tali tipologie di corrispettivi e la correlazione con i profili di rischio connessi al contratto è legata all'esigenza di evitare che mediante la sottoscrizione del contratto di disponibilità, l'amministrazione pubblica realizzi nella sostanza un'operazione di acquisizione di un'opera (di norma un immobile) eludendo le disposizioni relative ai limiti all'indebitamento e alle disposizioni del Patto di stabilità.

In tal senso il parere n. 66/2012 dalla Corte dei conti sez. reg. contr. Puglia effettua un'approfondita analisi delle modalità di contabilizzazione delle operazioni di partenariato pubblico privato in ragione del riparto dei profili di rischio tra amministrazione pubblica e soggetto privato ed in ragione dei corrispettivi stabiliti in attuazione del contratto.

Parimenti, il parere espresso dalla Corte dei conti sez. reg. contr. Lombardia, facendo proprie le conclusioni dei magistrati pugliesi si sofferma sulla libertà contrattuale lasciata alle parti e sugli effetti che tale autonomia determina nell'ambito dell'attività di valutazione dei rischi connessi tra le parti.

Il parere n.66/2012 dalla Corte dei conti sez. reg. contr. Puglia: la definizione dei rischi

Con il parere n. 66 del 31 maggio 2012 la Corte dei Conti sezione regionale controllo Puglia, effettua una prima attenta analisi delle modalità di trattamento contabile del contratto di disponibilità.

Un primo punto analizzato dai magistrati contabili riguarda l'eventuale contabilizzazione *on balance* dell'opera oggetto del contratto di disponibilità, ovvero l'inserimento dell'infrastruttura nel conto del patrimonio dell'amministrazione pubblica sin dal momento di sottoscrizione del contratto. Tale contabilizzazione determina come principale effetto la necessità di considerare i flussi finanziari di spesa connessi al contratto come spese di investimento con le connesse conseguenze in termini di limiti all'indebitamento e di calcolo del saldo obiettivo del Patto di stabilità.

A tal fine i magistrati contabili, dopo aver ricostruito in modo puntuale la disciplina del contratto di disponibilità, ne analizzano il trattamento contabile in coerenza con quanto previsto dalle disposizioni Eurostat in tema di operazioni di partenariato pubblico privato.

Come ricordato dalla Corte dei Conti, l'ultimo capoverso del comma 15-ter dell'art. 3 del Codice dei contratti fa espresso riferimento all'applicazione dei contenuti delle decisioni Eurostat in tema di trattamento contabile delle operazioni di partenariato pubblico-privato (PPP).

I giudici chiariscono che Eurostat si è occupata specificamente del trattamento contabile 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, che richiama nel contenuto le disposizioni 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* (e quindi non rientrare tra la spesa per investimenti) a condizione che il partner privato si assuma oltre al rischio di costruzione dell'opera anche un rischio ulteriore consistente, alternatively, nel rischio di disponibilità o nel rischio di domanda.

Definizione del rischio di costruzione

L'Eurostat definisce come rischio di costruzione, il rischio che di regola sopporta l'appaltatore/concessionario in ordine ai vari eventi che possono interessare la fase di costru-

zione. Tale rischio grava sull'affidatario/esecutore dell'opera se il pagamento è subordinato alla reale ed effettiva realizzazione dell'opera e se questi sostiene gli eventuali e addizionali oneri connessi alla realizzazione dell'opera. Esempi di costi addizionali connessi alla realizzazione dell'opera sono: 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.

Al contrario il rischio di costruzione si considera attribuito al soggetto pubblico se il contratto prevede in capo a tale soggetto il pagamento di quanto stabilito nel contratto, indipendentemente dalla verifica dello stato di avanzamento effettivo della realizzazione dell'infrastruttura ovvero se è previsto nel contratto il ripiano di ogni costo aggiuntivo emerso, quale ne sia la causa.

Definizione del rischio di disponibilità

Il rischio di disponibilità attiene alla messa a disposizione del committente dell'infrastruttura da parte del realizzatore.

In funzione della messa a disposizione dell'infrastruttura il committente corrisponde al realizzatore un canone destinato a remunerare:

- la disponibilità del bene
- gli eventuali servizi connessi (quali la manutenzione),
- il costo di realizzazione dell'opera (in tutto o in parte).

Il rischio di disponibilità è un tipico rischio relativo alle c.d. "opere fredde". Tale rischio si ritiene attribuito al soggetto privato che realizza l'opera quando i pagamenti pubblici sono correlati all'effettivo grado di disponibilità dell'opera e commisurati al volume e alla qualità pre-determinata dei servizi connessi.

Il rischio di disponibilità grava, pertanto, sul soggetto privato se il contratto prevede la possibilità per l'ente pubblico di ridurre i pagamenti nel caso di prestazioni insufficienti anche mediante l'applicazione di opportune penali.

Viceversa, il rischio di disponibilità graverà sull'ente pubblico qualora il contratto preveda pagamenti regolari sotto forma di canoni invariabili non parametrati all'effettivo volume/qualità dei servizi prestati e all'effettiva disponibilità dell'opera.

Definizione del rischio di domanda

Il rischio di domanda è il rischio riferito all'utilizzo dell'opera (o del servizio connesso) da parte dell'utenza finale.

Tale tipologia di rischio è tipica delle c.d. “opere calde”, cioè capaci di produrre flussi di cassa derivanti dal pagamento da parte degli utenti di un canone o di una tariffa legati alla gestione economica dell’opera stessa.

Secondo la Corte contabile tale tipologia di rischio non riguarda la fattispecie del contratto di disponibilità in quanto tale strumento ha ad oggetto opere destinate all’utilizzazione diretta da parte dell’amministrazione pubblica.

Il parere n.66/2012 dalla Corte dei conti sez. reg. contr. Puglia: la valutazione dei rischi

In base alla ricostruzione effettuata dai magistrati contabili, la rilevazione *off balance* dell’opera oggetto del contratto di disponibilità è possibile qualora le clausole contrattuali prevedano l’attribuzione del rischio di costruzione e del rischio di disponibilità in capo al soggetto privato, non essendo applicabile alla fattispecie del contratto di disponibilità il trasferimento del rischio di domanda.

Successivamente i magistrati della Corte si soffermano sulle caratteristiche del contratto di disponibilità previsto dall’art. 160-ter del Codice dei contratti al fine di valutare se tale prescrizione normativa attribuisca o meno i citati rischi al soggetto privato.

In tal senso i Giudici, analizzando il contenuto del SEC 95, chiariscono le modalità per stabilire quando tali rischi sono attribuiti al soggetto privato e quando, invece, al soggetto pubblico.

Basandosi sul contenuto del SEC 95, la Corte prende in considerazione le diverse fasi di attuazione del contratto ovvero, la fase di realizzazione, la fase di utilizzo dell’opera e la fase in cui il contratto si conclude.

Valutazione del rischio in fase di realizzazione dell’opera

In relazione alla fase iniziale di realizzazione dell’opera, il nuovo SEC 95 stabilisce che quando il costo dell’investimento è prevalentemente coperto dall’amministrazione pubblica (mediante partecipazione al capitale sociale, conferimento di capitale di debito o contributi diretti in conto capitale) questo indica che il settore pubblico assume la maggior parte del rischio di costruzione.

La valutazione della prevalenza del finanziamento pubblico sulla quota di finanziamento privato è considerato anche in funzione di eventuali garanzie, connesse alla realizzazione dell’opera, prestate dall’amministrazione pubblica.

Valutazione del rischio in fase di utilizzo dell’opera

Allo stesso modo, in fase di utilizzo dell’opera, la presenza di garanzie pubbliche che assicurano un’integrale copertura del debito o un rendimento certo del capitale investito dal sogget-

to privato indipendentemente dal livello dei servizi erogati e della effettiva disponibilità dell'opera, determinano l'attribuzione del rischio di disponibilità al soggetto pubblico ai fini della valutazione dell'iscrizione o della riclassificazione dell'opera *on balance*.

Anche nel caso di garanzie prestate dalla amministrazione pubblica vale il criterio della prevalenza, ovvero, se le garanzie coprono più del 50 per cento del costo dell'opera, essa andrà contabilizzata nel bilancio dell'ente pubblico.

Eurostat precisa inoltre, che ai fini di una corretta valutazione dell'allocazione dei rischi, la presenza di garanzie pubbliche (allocazione del rischio di disponibilità) e la prevalenza del contributo pubblico in tutte le sue forme (allocazione del rischio di costruzione) dovranno essere valutate congiuntamente.

Valutazione del rischio in fase di conclusione del contratto

Le modalità contrattuali previste per l'attribuzione dell'opera alla fine del contratto rappresenta un ulteriore elemento di valutazione dell'allocazione dei rischi tra soggetto pubblico e soggetto privato. In base alle previsioni del SEC95 i rischi (costruzione e disponibilità) sono attribuiti al soggetto pubblico in fase di conclusione del contratto di disponibilità nell'ipotesi 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'opera;
- 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'opera.

Il parere n.66/2012 dalla Corte dei conti sez. reg. contr. Puglia: la contabilizzazione del contratto di disponibilità

A seguito della disamina della disciplina contabile del SEC95 in merito al trattamento contabile delle operazioni di partenariato pubblico privato effettuata, la Corte conclude che in base al 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*.

Nello specifico la Corte precisa che sia il rischio di costruzione, sia quello di disponibilità sono allocati in capo al *partner* privato qualora siano interamente rispettate le ipotesi previste dall'art. 160-ter del codice dei contratti.

In tali casi, infatti, il rischio di costruzione è attribuito all'affidatario in funzione della previsione di totale assunzione degli oneri connessi a:

- reperimento delle fonti di finanziamento dell'opera;

- progettazione (con connesse varianti);
- ottenimento delle autorizzazioni;
- esecuzione di eventuali espropri;
- esecuzione dei lavori;
- eventuali incrementi dei costi di realizzazione
- costi per ritardi nella conclusione dei lavori.

Sottolineano inoltre i giudici contabili, come la previsione di un tetto massimo del 50% del costo di costruzione dell'opera relativo al contributo in corso d'opera sia coerente con le indicazioni del nuovo SEC 95, secondo cui il costo dell'investimento non deve essere prevalentemente coperto dall'amministrazione pubblica.

Allo stesso modo, il rischio di disponibilità è attribuito al soggetto privato in quanto il contratto prevede:

- l'annullamento del canone o la sua riduzione in caso di indisponibilità totale o parziale del bene, dovuta a manutenzione, vizi (anche sopravvenuti) o a qualsiasi altro motivo.
- la prestazione a cura del soggetto privato di idonea cauzione a garanzia del mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla messa a disposizione dell'opera.

Ancora, la parametrizzazione del prezzo finale di trasferimento del bene al valore di mercato residuo del bene, sembra scongiurare i rischi riguardanti l'allocazione finale degli *assets* secondo il dettato della nuova versione del SEC 95.

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.

Sottolineano tuttavia i magistrati contabili che in concreto, l'ampia formulazione della norma, lascia notevoli margini di manovra all'autonomia negoziale e ciò 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.

Il parere 439/2012 dalla Corte dei conti sez. reg. contr. Lombardia: l'autonomia contrattuale

Il tema dell'autonomia contrattuale connessa alla flessibilità del contratto di disponibilità è richiamata e approfondita nel parere n. 439/2012 della Corte dei conti sez. reg. contr. della Lombardia. I magistrati contabili sottolineano come il legislatore, nella tipizzazione del con-

tratto di disponibilità, abbia inteso riconoscere ai contraenti un'ampia autonomia, garantendo loro la possibilità di "personalizzare" la causa giuridica dello schema negoziale.

Secondo la Corte, l'autonomia negoziale consente di "piegare" lo strumento contrattuale alle esigenze concrete che possono emergere in sede di realizzazione dell'opera privata destinata ad un servizio pubblico. Tale autonomia è diretta conseguenza della facoltà dello strumento contrattuale di rispondere a differenti esigenze dell'ente e di realizzare finalità differenti a seconda della volontà delle parti. In tal senso, secondo la Corte a differenti finalità perseguite mediante il medesimo strumento possono corrispondere differenti modalità di contabilizzazione dell'operazione.

Come meglio chiariscono i giudici contabili: in ragione *"dell'ampia autonomia negoziale riconosciuta dal legislatore in capo ai contraenti [...] 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; [...]sarà compito dell'interprete del caso concreto[...] individuare la funzione economico-sociale che hanno inteso realizzare i contraenti con la complessiva operazione negoziale"*.

Secondo la Corte lombarda, non è possibile definire a priori e in astratto la modalità di contabilizzazione del contratto di disponibilità. È invece opportuno, effettuare una valutazione dei profili di rischio connessi a tutte le operazioni negoziali collegate e finalizzate al raggiungimento del medesimo fine economico-sociale da parte dell'amministrazione pubblica.

Aggiungono in tal senso i magistrati contabili, che la valutazione della funzione economico-sociale realizzata dall'interprete dell'operazione negoziale deve essere effettuata valutando tutte le disposizioni negoziali finalizzate al raggiungimento della finalità dell'ente ancorché formalmente distinte e contenute in negozi giuridici differenti. Più propriamente, affermano i Giudici che tale *"operazione si rende ancor più necessaria quando oltre alle attribuzioni patrimoniali tipizzate dal legislatore, entrano a far parte del sinallagma contrattuale ulteriori attribuzioni"*².

Concludono i magistrati che, a prescindere dagli elementi tipizzati dal legislatore, i principi elaborati dalla giurisprudenza della Cassazione³ in tema di collegamento negoziale tornano utili ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile in sede di attuazione del rapporto. Il valutatore, nell'analisi di negozi giuridici connessi, può utilizzare il "criterio della prevalen-

² Nel caso di specie l'amministrazione provinciale si era impegnata anche a concedere per 99 anni in diritto di superficie al privato l'area su cui realizzare l'opera, senza specificare se detta attribuzione in favore del soggetto privato avviene a titolo di parziale pagamento del canone di disponibilità o a titolo di contributo per la realizzazione dell'opera o a titolo di autonoma pattuizione negoziale

³ Si veda Corte di Cassazione Sezioni Unite sentenza 10 aprile 2002, n. 5119

za” quando uno degli elementi tipici del contratto è prevalente e quindi assorbente rispetto agli altri, oppure può ricorrere al “criterio della combinazione” quando nessuna delle cause tipizzate dal legislatore ha nell’intento dei contraenti il carattere della prevalenza.

In altri termini, il contratto di disponibilità può rappresentare una tipica ipotesi di collegamento negoziale, mediante il quale le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso attraverso il coordinamento dei vari negozi, ciascuno dei quali, pur conservando una causa autonoma, è finalizzato ad un unico regolamento di interessi.

Il parere 439/2012 dalla Corte dei conti sez. reg. contr. Lombardia: La valutazione “allargata” dei profili di rischio.

Ai fini della valutazione dei profili di rischio già tipizzati nella pronuncia della Corte dei conti della Puglia, si dovrà, dunque, 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 unico documento o sia frutto di pattuizioni intervenute anche in fasi temporali successive.

In altri termini, la previsione di atti negoziali distinti nella forma, ma unici ed omogenei negli effetti che realizzano e negli obiettivi che perseguono, impongono al valutatore l’esigenza di effettuare l’analisi del riparto dei rischi ampliandola ed estendendola non solo alle clausole contenute nel contratto di disponibilità ma anche al contenuto dei contratti collegati.

In conclusione, secondo la Corte *“l’interprete dovrà compiere la valutazione applicando il criterio del “riparto dei rischi” tra soggetto pubblico e soggetto privato secondo le indicazioni di Eurostat.”*

Proprio in quest’ottica, *“i tipici rischi di impresa che gravano sul soggetto privato che realizza l’opera (ovvero, il rischio di costruzione e di gestione dell’opera), devono essere valutati anche nella logica “civilistica” del sinallagma contrattuale che caratterizza i contratti commutativi, verificando la misura con cui il rischio di impresa trova un suo bilanciamento in un incremento del corrispettivo per l’utilizzo dell’opera da parte dell’Amministrazione”.*

In tal senso, non avendo il legislatore indicato all’art. 160-ter i parametri alla stregua dei quali dovrebbe essere quantificato il canone di disponibilità, l’interprete dovrà ad esempio accertare che in concreto l’entità del canone non sia tale da coprire anche i costi del finanziamento.

Chiarisce la Corte che *“l’interprete [...] nel compiere le sue valutazioni sulla ripartizione dei rischi tra soggetto privato e amministrazione pubblica dovrà tenere conto, oltre che della “misura” del canone di disponibilità, anche di una pattuizione contrattuale tipizzata dal*

comma 6 dell'art. 160 ter, ovvero del limite di riduzione del canone di disponibilità superato il quale il contratto è risolto. In particolare, il legislatore precisa che detto limite deve essere posto anche a salvaguardia degli enti finanziatori, tuttavia, secondo questa Sezione il limite de quo deve rappresentare la misura della retribuzione del rischio di impresa (inteso come di costruzione e di messa a disposizione), ma non deve anche coprire i costi di finanziamento dell'opera.”

La contabilizzazione del contratto di disponibilità nel bilancio dell'ente locale

Dalla lettura congiunta dei due pareri espressi dalle Corti contabili, è possibile dunque concludere che ai fini dell'individuazione delle modalità di contabilizzazione del contratto di disponibilità e degli eventuali atti negoziali ad esso collegati è necessario fare riferimento alla disciplina del SEC95.

In base a tali disposizioni si dovrà procedere ad una contabilizzazione *on balance* (ossia con iscrizione dell'opera nel bilancio dell'ente pubblico) nell'ipotesi in cui in capo al soggetto pubblico gravano i rischi di costruzione e il rischio di disponibilità connessi all'operazione.

In tale ipotesi, dunque il contratto di disponibilità è considerato nell'ambito delle operazioni di indebitamento dell'ente e i connessi flussi finanziari dovranno essere contabilizzati come spese di investimento.

Se, viceversa, la valutazione “allargata” del riparto dei rischi tra soggetto pubblico e soggetto privato evidenziasse un'attribuzione dei rischi di costruzione e di disponibilità in capo al soggetto privato, allora, il contratto di disponibilità non determinerebbe un'iscrizione dell'opera *on balance* e non inciderebbe sull'indebitamento dell'amministrazione pubblica.

In tale ipotesi i flussi finanziari connessi al pagamento dei canoni devono essere contabilizzati come spesa corrente e non come spesa d'investimento.