



REPUBBLICA ITALIANA
CORTE DEI CONTI
SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO
PER LA LOMBARDIA

composta dai magistrati:

dott.ssa Simonetta Rosa	Presidente
dott. Luigi Burti	Consigliere
dott.ssa Laura De Rentiis	Primo Referendario
dott. Donato Centrone	Primo Referendario (relatore)
dott. Paolo Bertozzi	Primo Referendario
dott. Cristian Pettinari	Referendario
dott. Giovanni Guida	Referendario
dott.ssa Sara Raffaella Molinaro	Referendario
dott. Giordano Lamberti	Referendario

nella camera di consiglio del 25 luglio 2017

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

Vista la legge 21 marzo 1953, n. 161;

Vista la legge 14 gennaio 1994, n. 20;

Vista la deliberazione delle Sezioni riunite della Corte dei conti n. 14/2000 del 16 giugno 2000, che ha approvato il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, modificata con le deliberazioni n. 2 del 3 luglio 2003 e n. 1 del 17 dicembre 2004;

Visto il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 recante il testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali;

Vista la legge 5 giugno 2003, n. 131;

Vista la deliberazione n. 1 del 3 novembre 2004 con la quale la Sezione ha stabilito i criteri sul procedimento previsto dall'articolo 7, comma 8, della legge n. 131/2003;

Vista la nota del 13 gennaio 2017, con la quale il Sindaco del Comune di Orio al Serio (BG) ha chiesto un parere in materia di contabilità pubblica;

Vista l'ordinanza con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per la camera di consiglio del 1° febbraio 2017 per deliberare sulla sopra indicata richiesta;

Vista la deliberazione n. 36/2017/QMIG, con la quale la scrivente Sezione regionale di controllo ha deliberato di sottoporre al Presidente della Corte dei conti, ai sensi ai sensi dell'art. 17, comma 31, del decreto-legge n. 78 del 2009, convertito dalla legge n. 102 del 2009, e dell'art. 6, comma 4, del decreto-legge n. 174 del 2012, convertito dalla legge n. 213 del 2012, questione di massima in relazione al dubbio interpretativo posto dal Comune istante;

Vista la deliberazione della Sezione delle Autonomie della Corte dei conti n. 15/2017/QMIG del 23 giugno 2017, che ha affermato i principi di diritto a cui la Sezione deve attenersi nella resa del parere richiesto dal Comune istante;

Vista l'ordinanza con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per la camera di consiglio del 25 luglio 2017 per deliberare sulla sopra indicata richiesta di parere

Udito il relatore, dott. Donato Centrone

Premesse ed esame nel merito

Il Sindaco del Comune di Orio al Serio, con nota del 13 gennaio 2017, ha formulato una richiesta di parere avente ad oggetto la possibilità di procedere con la stipula di un contratto di partenariato pubblico privato alla realizzazione di una palestra. L'istante riferisce che intende indire apposito bando di gara al fine di individuare un operatore economico che si occupi della progettazione esecutiva e della realizzazione, nonché della manutenzione. Ha chiesto, pertanto, alla Sezione se sia ammissibile, ai sensi dell'art. 180, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, un contratto di partenariato pubblico privato, in cui l'operatore aggiudicatario dispone di un finanziamento, ai sensi dell'art 180, comma 7, del medesimo codice dei contratti pubblici. In particolare, il Comune domanda se l'operazione in discorso possa essere qualificata come leasing operativo, e, come tale, contabilizzata dall'amministrazione.

La Sezione regionale di controllo, con deliberazione n. 36/2017/QMIG, sulla base delle motivazioni a cui si fa rinvio, in considerazione dell'apparente contrasto normativo rilevato fra il paragrafo 3.25 del Principio contabile applicato concernente la contabilità finanziaria, Allegato 4/2 al d.lgs. n. 118 del 2011, e quanto disposto dal d.lgs. n. 50 del 2016 (artt. 3, comma 1, lett. eee), 180 e 187) e dal Regolamento UE n. 549/2013 (SEC 2010), ha ritenuto opportuno, per i riflessi di carattere generale che la questione interpretativa presentava, non limitata all'esercizio delle competenze di controllo sui bilanci degli enti territoriali, ma incidente, altresì, in particolare, sulla redazione del conto economico consolidato delle amministrazioni pubbliche, sottoporre al Presidente della Corte dei conti, ai sensi ai sensi dell'art. 17, comma 31, del decreto-legge n. 78 del 2009, convertito dalla legge n. 102 del 2009, e dell'art. 6, comma 4, del decreto-legge n. 174 del 2012, convertito dalla legge n. 213 del 2012, la seguente questione di massima: *"se la qualificazione come indebitamento del contratto di leasing finanziario, disposta dall'art. 3, comma 17, della legge n. 350 del 2003, includa, come previsto dal paragrafo 3.25 del Principio contabile*

applicato concernente la contabilità finanziaria, Allegato 4/2 al d.lgs. n. 118 del 2011, anche il contratto, di partenariato pubblico-privato, di locazione finanziaria di opere pubbliche, disciplinato dagli artt. 3, comma 1, lett. eee), 180 e 187 del d.lgs. n. 50 del 2016, a prescindere dalla verifica, in concreto, della prevalente allocazione dei rischi alla pubblica amministrazione locataria, come prescritto, invece, dal Regolamento UE n. 549/2013 (SEC 2010) e dalle decisioni Eurostat, richiamate anche dal codice dei contratti pubblici”.

La Sezione delle autonomie della Corte dei conti, nella deliberazione n. 15/2017/QMIG, pronunciandosi sull'esposta questione, ha enunciato i seguenti principi di diritto:

“1. 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 artt. 3 e 180 del codice dei contratti, ai fini della registrazione nelle scritture contabili, non sono considerate investimenti finanziati da debito.

2. 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'art. 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 termini 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”.

Sulla base del ridetto principio di diritto, a cui la scrivente Sezione regionale di controllo deve uniformarsi, come prescritto dall'art. 6, comma 4, del decreto-legge n. 174 del 2012, convertito dalla legge n. 213 del 2012, è possibile rendere il parere richiesto dal Comune istante.

Il nuovo codice dei contratti, d.lgs. n. 50 del 2016, in maniera simile al precedente (d.lgs. n. 163 del 2006) contiene una specifica definizione dei contratti di partenariato pubblico-privato (art. 3, comma 1, lett. eee), negozi a titolo oneroso *“con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore”.*

Nella medesima definizione viene puntualizzato, altresì, che ai contratti di PPP si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat, che attengono proprio alle modalità di contabilizzazione. A tali fini, la stessa norma impone alle stazioni appaltanti, richiamando l'articolo 44, comma 1-bis, del

decreto-legge n. 248 del 2007, convertito dalla legge n. 31 del 2008, di comunicare tali operazioni all'Unità tecnica finanza di progetto della Presidenza del Consiglio dei ministri.

Nella successiva Parte IV del nuovo Codice, l'art. 180, comma 8, riconduce ai contratti di partenariato pubblico privato *"la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti"*.

Sotto il profilo della struttura del rapporto, il ridetto art. 180, dopo aver richiamato l'esposta definizione contenuta nell'art. 3, comma 1, lettera eee), nonché la possibilità che il contratto abbia ad oggetto anche la progettazione delle opere o dei servizi, precisa che i ricavi di gestione dell'operatore economico possono provenire da un canone riconosciuto dall'ente concedente ovvero da qualsiasi altra forma di contropartita economica (come, per esempio, l'introito diretto della gestione del servizio erogato ad utenza esterna).

In particolare, il comma 3 dell'art. 180 specifica che, nei contratti di PPP, il trasferimento dei rischi in capo all'operatore economico comporta l'allocatione, oltre che del rischio *"di costruzione"*, anche di quello *"di disponibilità"* o, nei casi di attività erogabile a utenti terzi, di quello *"di domanda"* (definiti, rispettivamente, dall'art. 3, comma 1, lettere aaa), bbb) e ccc), al cui testo si fa rinvio).

L'art. 180, comma 3, puntualizza, altresì, che il contenuto del contratto di PPP va definito tra le parti in modo che il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore economico dipenda dall'effettiva fornitura del servizio o dall'utilizzabilità dell'opera o, ancora, dal volume dei servizi erogati in corrispondenza della domanda, e, in ogni caso, dal rispetto dei livelli di qualità contrattualizzati *ex ante*. Di conseguenza, il successivo comma 4 precisa che se l'amministrazione aggiudicatrice, a fronte della disponibilità dell'opera (o della domanda di servizi), versa un canone all'operatore economico, quest'ultimo va proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o mancata disponibilità del bene (o di diminuita o mancata prestazione dei servizi). Tali variazioni, inoltre, devono essere in grado di incidere significativamente sul valore netto degli investimenti, dei costi e dei ricavi dell'operatore economico. Il comma 6 prevede, altresì, che il corrispettivo del contraente privato possa consistere, oltre che in un canone o negli incassi da gestione diretta del servizio (comma 5), da un contributo o prezzo (anche costituito da beni immobili della medesima PA), nei casi in cui tale prestazione aggiuntiva sia necessaria a garantire l'equilibrio economico-finanziario del contratto (tale prezzo, sommato al valore di garanzie pubbliche o di ulteriori finanziamenti a carico della PA committente, non può essere superiore al trenta per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari).

All'interno della generale categoria dei contratti di partenariato pubblico-privato, l'art. 187 del d.lgs. n. 50 del 2016 disciplina, poi, la *"la locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica*

utilità", definita, facendo seguito a quanto previsto dal previgente codice dei contratti pubblici, come il contratto *"avente ad oggetto la prestazione di servizi finanziari e l'esecuzione di lavori"* (art. 3, lett. ggg). L'art. 187 dispone, in particolare, che per la *"realizzazione, l'acquisizione ed il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità"*, le amministrazioni aggiudicatrici possono avvalersi del contratto di locazione finanziaria, e qualifica quest'ultimo come *"appalto pubblico di lavori"* (salvo che questi ultimi abbiano un carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto medesimo). A tal fine (comma 2) il bando deve determinare i requisiti economico-finanziari e tecnico-realizzativi di partecipazione, i costi, i tempi e le garanzie dell'operazione, i parametri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prescrivendo, in particolare (comma 5), che il soggetto finanziatore (necessariamente autorizzato ai sensi del d.lgs. n. 385 del 1993), deve dimostrare alla stazione appaltante che dispone, se del caso avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche in associazione temporanea, dei mezzi necessari ad eseguire l'appalto. Quest'ultima previsione si collega a quella del comma 7 del precedente art. 180, in base alla quale *"la documentata disponibilità di un finanziamento è condizione di valutazione di ammissione ad un contratto di partenariato pubblico privato"*.

Al fine di rafforzare l'impegno del contraente privato, il nuovo Codice puntualizza, infatti, che la sottoscrizione di un contratto di PPP ha luogo previa presentazione di idonea documentazione inerente al finanziamento dell'opera, e che il contratto è risolto di diritto ove il finanziamento non sia perfezionato entro dodici mesi (costituendo il *"rischio di finanziamento"* una delle incognite tipiche che l'operatore economico privato deve accollarsi in un'operazione di PPP). Importante, altresì, ai fini della corretta allocazione dei rischi (in questo caso, di costruzione), la disposizione contenuta nel comma 4 dell'art. 187, in base alla quale l'adempimento degli impegni della stazione appaltante *"resta in ogni caso condizionato al positivo controllo della realizzazione e dalla eventuale gestione funzionale dell'opera secondo le modalità previste"*.

Il legislatore ha introdotto, e disciplinato, tale contratto (prima con l'art. 1, comma 907, della legge n. 296 del 2006, dopo con l'art. 2, comma 1, lett. pp), del d.lgs. n. 113 del 2007, che ha inserito l'art. 160-*bis* al d.lgs. n. 163 del 2006, e, infine, con gli artt. 180 e 187 del d.lgs. n. 50 del 2016) al fine di offrire un ulteriore strumento di realizzazione delle opere pubbliche, in particolare di quelle c.d. *"fredde"* (non finanziabili dalla vendita di servizi agli utenti), come ospedali, scuole o, appunto, palestre. Nella medesima ottica, poco dopo, il legislatore ha disciplinato il simile contratto di disponibilità (art. 160-*ter* del d.lgs. n. 163 del 2006, introdotto dall'art. 44, comma 1, lett. d), del decreto-legge n. 1 del 2012, convertito dalla legge n. 27 del 2012), riprodotto nell'art. 188 del d.lgs. n. 50 del 2016.

Nella locazione finanziaria di opere pubbliche i vantaggi dell'amministrazione committente sono costituiti dal poter disporre di un bene senza sostenere, da subito, l'esborso finanziario pari al suo valore (la funzione economica è quella di finanziamento, ma senza l'accensione di un mutuo da parte della PA), la possibilità di ricevere l'opera *"chiavi in mano"*, senza dover espletare plurimi

procedimenti di gara (per progettazione, mutuo, realizzazione, arredo, manutenzione, fornitura di energia elettrica e gas, etc.), l'eliminazione dei rischi derivanti dalla necessità di apportare (e approvare) varianti in corso d'opera, da ritardata consegna dei lavori, da sospensione dei lavori, da incremento del prezzo dei materiali, etc., nonché, da ultimo, di semplificazione della gestione contabile (pagamento di un unico canone annuale).

Naturalmente, i vantaggi economici derivabili, in concreto, da tale contratto dipendono dall'importo del canone (che, oltre al costo di costruzione del bene, comprende gli interessi sul capitale investito dal privato, la remunerazione del suo utile d'impresa, etc.), dai costi accessori, sia iniziali che successivi (per esempio, di eventuale indicizzazione della rata), dalle penalità in caso di ritardo nella corresponsione, dalla presenza della facoltà ovvero dell'obbligo di riscattare il bene (e relativo ammontare), dalla concessione di garanzie da parte dell'amministrazione committente nella fase di realizzazione o gestione dell'opera, etc.

Il contratto di locazione finanziaria di opere pubbliche (come il contratto di disponibilità, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la finanza di progetto, "e qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi" che presenti le caratteristiche indicate dall'art. 180 del d.lgs. n. 50 del 2016) costituisce uno dei tanti, e variegati, contratti di partenariato pubblico-privato (il legislatore utilizza appositamente, in aderenza alla normativa comunitaria, una formula aperta), che pur contenendo una, necessaria, componente di finanziamento (trattasi di operazioni nate proprio per traslare dalla PA al privato il reperimento della provvista finanziaria per la costruzione di un'opera), non esauriscono in essa la propria struttura e funzione economico-sociale (essendovi associata, a seconda dei tipi contrattuali, la progettazione, la realizzazione, la manutenzione, la fornitura dei beni e servizi necessari al funzionamento, etc.). Proprio per tale motivo, questi contratti, che instaurano una collaborazione duratura fra pubblica amministrazione ed operatori economici privati (il previgente Codice includeva nel genere, per esempio, anche le società miste), pur permettendo alla PA di usufruire di un'infrastruttura senza doverne sopportare immediatamente il costo di realizzazione, non costituiscono necessariamente, per l'ordinamento contabile europeo (SEC 2010), "indebitamento", o meglio, "debito" (in particolare, ai fini della redazione del "conto economico consolidato delle amministrazioni pubbliche"), ma solo nella misura in cui l'allocazione dei rischi tipizzati dal legislatore (di "costruzione" ed uno fra "disponibilità" e "domanda", cfr. art. 180, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016), in base alle clausole del concreto contratto stipulato, sia prevalentemente posta a carico della PA committente (può farsi rinvio, altresì, alla sintetica definizione di "rischio operativo" contenuta nell'art. 3, comma 1, lett. zz), del d.lgs. n. 50 del 2016, per le concessioni di lavori o di servizi, l'archetipo dei contratti di PPP).

Se, invece, i rischi contrattuali sono correttamente allocati in capo all'operatore economico privato, in aderenza alle decisioni Eurostat (in particolare, a quella dell'11 febbraio 2004, citata anche nella deliberazione della Sezione delle Autonomie n. 26/2016/QMIG), richiamate dall'art. 3,

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

In considerazione di quanto sopra esposto, la Sezione delle Autonomie, con la deliberazione n. 15/2017/QMIG, sulla base di ulteriori motivazioni alle quali può farsi rinvio (incentrate, in particolare, sul rapporto fra la normativa dettata in materia di contratti pubblici e quanto prescritto, invece, dall'art. 3, comma 17, della legge n. 350 del 2003 e dal paragrafo 3.25 del Principio contabile applicato concernente la contabilità finanziaria, Allegato 4/2 al d.lgs. n. 118 del 2011), ha affermato che *"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 artt. 3 e 180 del codice dei contratti, ai fini della registrazione nelle scritture contabili, non sono considerate investimenti finanziati da debito"*.

P.Q.M.

nelle considerazioni sopra esposte è il parere della Sezione.

Il magistrato relatore
(dott. Donato Centrone)

Il Presidente
(dott. Simonetta Rosa)

Depositata in segreteria
06 SETTEMBRE 2017
Il Direttore della segreteria
(dott.ssa Daniela Parisini)