



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

composta dai magistrati:

dott. Nicola Mastropasqua	Presidente
dott. Giancarlo Penco	Consigliere
dott. Giuliano Sala	Consigliere
dott. Angelo Ferraro	Consigliere
dott. Giancarlo Astegiano	I Referendario
dott. Gianluca Braghò	Referendario (relatore)
dott. Alessandra Olessina	Referendario
dott. Massimo Valero	Referendario

nell'adunanza del 5 novembre 2009;

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 delle Sezioni riunite 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 legge 23 dicembre 2005, n. 266, art. 1, commi 166 e seguenti.

Udito il relatore, dott. Gianluca Braghò;

Premesso in fatto

Dall'esame della relazione redatta, ai sensi dell'art. 1, commi 166 e segg. della legge 23 dicembre 2005, n. 266, dall'organo di revisione si evince che il comune di Travagliato nel corso del 2009 prevede di procedere alla realizzazione dell'ampliamento della scuola per l'infanzia mediante lo strumento del *leasing immobiliare in costruendo*.

A seguito dell'attività istruttoria il Magistrato Istruttore riteneva sussistenti i presupposti per l'attivazione della procedura prevista dal comma 168, dell'art. 1 della legge 23 dicembre 2005, n. 266, e, pertanto, chiedeva la fissazione di apposita adunanza del Collegio che veniva fissata dal Presidente del Collegio per il giorno 5 novembre 2009.

L'Amministrazione comunale, ritualmente invitata, inviava una memoria in data 26 ottobre 2009 in cui, per illustrare l'operazione in esame, venivano trasmesse la delibera di Giunta di approvazione del piano triennale delle opere pubbliche e di approvazione del progetto preliminare del polo scolastico, nonché le determinazioni del responsabile del servizio tecnico, applicative dei deliberati di Giunta.

Nella memoria del 26 ottobre, l'amministrazione locale illustrava sinteticamente le ragioni sottese alla scelta di realizzare il nuovo polo scolastico mediante lo strumento del *leasing in costruendo*, rinvenibili nella necessità di usufruire, per il raggiungimento di scopi istituzionali, sia del bene che del capitale iniziale necessario per realizzarlo e usarlo.

Lo strumento del *leasing immobiliare in costruendo* consente all'Amministrazione di raggiungere un duplice obiettivo: porre la realizzazione dell'opera pubblica, da destinare a servizio della collettività in modo stabile, a carico della società finanziaria ed evitare l'esborso del capitale in unica soluzione, traslando parte dei rischi finanziari e di costruzione sulla parte contrattuale che verrà adeguatamente remunerata.

Per quanto attiene il trattamento contabile dell'operazione, il metodo utilizzato è quello patrimoniale che presuppone che i rischi del contratto gravino sulla società costruttrice dell'opera e che il bene sia iscritto nel conto patrimoniale solo al momento dell'avvenuto riscatto. I canoni periodici, comprensivi della quota capitale e della quota d'interessi saranno imputati nel conto economico come costo di gestione. Le uscite relative ai canoni sono considerate come spese correnti per utilizzo di beni di terzi (titolo 1, funzione 4, servizio 01, intervento 04).

All'adunanza pubblica del 5 novembre 2009 è intervenuto, in rappresentanza dell'ente, il Vice Sindaco del Comune di Travagliato, ribadendo verbalmente le motivazioni già illustrate nella citata memoria scritta e producendo una relazione che evidenzia la situazione complessiva dei conti comunali e gli sforzi della nuova amministrazione insediata nell'aprile 2008 per ridurre l'indebitamento e il disavanzo di parte corrente, in modo tale da liberare risorse, per circa un milione di euro, a copertura del pagamento dei canoni di *leasing* che decorreranno a partire dalla seconda metà del 2011.

Nel medesimo contesto, l'amministrazione comunale ha ritenuto lo strumento del *leasing immobiliare in costruendo* sia idoneo agli indirizzi e agli scopi sociali prefissati in quanto con esso:

- 1) si realizza un'opera pubblica da destinare stabilmente alla collettività locale;
- 2) la procedura prescelta soggiace al regime di evidenza pubblica di cui all'art. 160 *bis* del D. Lgs. 163/2006;
- 3) rispetta le regole di contabilità pubblica con riguardo all'allocazione nella parte corrente del bilancio dei canoni periodici (metodo patrimoniale) e di rispetto del Patto di stabilità per il periodo 2008-2011;
- 4) rientra fra le forme d'indebitamento ammissibili ai sensi dell'art. 62 della legge 6 agosto 2008, n.133, in quanto non contiene clausole tipiche del contratto di *swap*;
- 5) viene rispettato il limite e la capacità d'indebitamento di cui all'art. 204 del D. Lgs. 267/2000;
- 6) il piano d'ammortamento è di 36 rate semestrali per complessivi 18 anni e il canone periodico, comprensivo d'interessi e di capitale, decorre dalla prima scadenza semestrale successiva al collaudo provvisorio dell'opera pubblica, previsto per il secondo semestre 2011;
- 7) il riscatto finale è predeterminato nella misura fissa dell'1% dell'importo finanziato;
- 8) sull'area oggetto dell'intervento di proprietà comunale, viene costituito un diritto di superficie al prezzo forfettario e simbolico di euro 1, con durata ventennale, comunque con scadenza al momento del riscatto da qualunque causa determinato, ancorché subordinato all'estinzione dei rapporti economici.

Considerato in diritto

La legge 23 dicembre 2006, n. 266 ha delineato una nuova modalità di verifica del rispetto degli obiettivi previsti dalla normativa sul Patto di stabilità interno,

stabilendo una specifica competenza in capo alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti.

Proseguendo in un disegno legislativo avviato dopo la riforma del Titolo V, Parte seconda della Costituzione con la legge 5 giugno 2003, n. 131 che vede il progressivo riconoscimento del ruolo delle Sezioni regionali di controllo della magistratura contabile di garanti della corretta gestione delle risorse pubbliche nell'interesse, contemporaneamente, dei singoli enti territoriali e della comunità che compone la Repubblica (posizione già riconosciuta alla Corte dei conti dalla giurisprudenza costituzionale a partire dalla nota sentenza 27 gennaio 1995, n. 29), il legislatore ha ritenuto di rafforzare ulteriormente questo ruolo. Ha affidato, quindi, alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti il compito di vigilare sul rispetto della normativa relativa al Patto di stabilità, con lo specifico compito di indirizzare alle Amministrazioni interessate apposite e specifiche segnalazioni in modo che ciascuna di esse possa assumere, nella sua autonomia e nel rispetto dei vincoli di solidarietà con le altre entità che costituiscono la Repubblica, ogni più opportuna decisione.

La verifica affidata alla Corte dei conti non è invasiva dell'autonomia degli enti ma, nel solco della funzione collaborativa della funzione di controllo, è diretta, nell'interesse del singolo ente e della comunità nazionale, a rappresentare agli organi elettivi la reale ed effettiva situazione finanziaria in modo che gli stessi possano responsabilmente assumere le decisioni più opportune, sia nell'interesse dell'ente amministrato che della più vasta Comunità cui l'ente appartiene.

L'esame della relazione predisposta dall'organo di revisione dei conti del comune di Travagliato (BS), ai sensi del comma 166 dell'art. 1, della legge finanziaria per il 2006, mette in evidenza che l'Ente nel corso del 2009 prevede di procedere alla realizzazione di un'opera mediante lo strumento del *leasing immobiliare in costruendo* per l'ampliamento del polo scolastico per l'infanzia.

Dalla documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria si evince che la Giunta comunale di Travagliato, con deliberazione n. del 68 del 13 ottobre 2008 adottava lo schema del programma triennale delle opere pubbliche, ricomprendendovi anche la realizzazione della nuova scuola per l'infanzia per un costo complessivo di euro 3.500.000 da finanziare con risorse proprie del comune.

Il progetto preliminare per l'ampliamento della scuola dell'infanzia veniva affidato mediante una gara con procedura negoziata a seguito di determinazione del responsabile del servizio tecnico n.438 del 24 novembre 2008 e, successivamente, il responsabile del Servizio Finanziario, con propria determinazione del n.492 del 29.12.2008, espletata la gara ed approvato il relativo

verbale, affidava la progettazione preliminare della nuova scuola allo *Studio Lagos Engineering* per l'importo netto di euro 30.039,53, oltre oneri fiscali e professionali.

In data 9 marzo 2009, la Giunta comunale con la delibera n.44 approvava il progetto preliminare del nuovo polo scolastico (asilo nido e scuola per l'infanzia) per una spesa complessiva di euro 4.300.000, suddivisa in due lotti, rispettivamente per euro 3.500.000 (lotto 1) ed euro 800.000 (lotto 2).

In data 22 giugno 2009, il responsabile del servizio tecnico emanava la determina n.301, avente ad oggetto la manifestazione di procedere al contratto per l'appalto di costruzione del nuovo polo scolastico (scuola materna e scuola dell'infanzia) da realizzarsi a mezzo di *leasing* finanziario.

Il disciplinare tecnico di gara prevede una procedura aperta, ed in particolare:

- quanto ai soggetti ammessi alla gara, possono partecipare alla stessa esclusivamente raggruppamenti tra due o più soggetti, aventi come componenti uno o più intermediari bancari e/o finanziari, in possesso dei requisiti richiesti (eventualmente associate in ATI orizzontale) che finanzino i lavori a mezzo locazione finanziaria e, come ulteriore componente, una o più Ditte costruttrici, in possesso dei requisiti richiesti (eventualmente associate in ATI orizzontale o verticale) che eseguiranno i lavori di realizzazione dell'Ampliamento della Scuola d'Infanzia. L'ATI dovrà avere una durata minima pari al tempo intercorrente fra l'aggiudicazione definitiva dell'appalto e l'inizio del contratto di locazione finanziaria, che dovrà avvenire dopo il collaudo e la consegna dell'opera all'Ente Aggiudicante. Le Società di Leasing/banche, mandanti o componenti dell'ATI qualificata, nella loro qualità di finanziatori dell'opera, possono modificare la loro composizione associandosi successivamente (con ATI orizzontale) con altri soggetti (banche e/o intermediari finanziari).
- l'offerta tecnica sarà valutata alla luce della qualità architettonica, al pregio tecnico, all'efficienza energetica e alla facilità di manutenzione e gestione;
- l'offerta economica sarà misurata dal vantaggio del ribasso sul canone, sul prezzo di costruzione dei due lotti e sul ribasso dello *spread* su Euribor per quanto concerne gli interessi sulle rate di canone da corrispondere;
- non sono previsti interessi di preammortamento sui canoni del *leasing* che inizieranno a decorrere a seguito del collaudo provvisorio dell'opera pubblica realizzata;
- la durata del contratto di *leasing* è fissata in anni 18 anni, suddivisa in 36 canoni semestrali anticipati dalla prima scadenza semestrale dopo il collaudo provvisorio;
- l'Ente aggiudicante cederà il diritto di superficie, *nummo uno*, alla Società di Leasing mandante o componente dell'ATI aggiudicataria per il tempo di

realizzazione dell'opera e per la durata del *leasing*, per un periodo di complessivi 20 anni, che cesserà con l'eventuale riscatto coincidente con il pagamento del prezzo per l'opzione finale di acquisto dopo l'ultima rata di canone semestrale posticipato;

- sono previsti oneri di pre-locazione dal momento di ciascun pagamento per qualsiasi motivo effettuato dal soggetto finanziatore fino alla data del verbale di collaudo dell'opera realizzata;

- il prezzo per l'esercizio del diritto di riscatto da parte dell'Utilizzatore è determinato nell'1% dell'importo di contratto, da versarsi contestualmente alla stipula del rogito di trasferimento della proprietà dell'immobile in favore del comune;

- la stazione appaltante si riserva la facoltà di riscatto anticipato del bene, totale o parziale, purché sia in regola con il pagamento dei canoni ed abbia ottemperato a tutte le obbligazioni previste a suo carico, senza spese o penali;

- il corrispettivo di locazione finanziaria rappresentato dai canoni, è comprensivo delle spese effettivamente sostenute dal finanziatore aggiudicatario in relazione alle voci indicate nel quadro economico, da comprovare con idonea documentazione entro la data di consegna dell'immobile, nonché degli interessi di pre-locazione e locazione finanziaria. Ai canoni dovranno essere aggiunte le imposte relative (ICI ed IVA) che rimangono a carico della stazione appaltante;

Questa Sezione ha avuto modo di analizzare compiutamente lo strumento del *leasing immobiliare in costruendo* nei pareri n.87/2008 del 13 novembre 2008 e n.52/2009 del 5 marzo 2009, delineandone l'inquadramento giuridico ed evidenziando alcune problematiche che di seguito si ripercorrono.

In primo luogo, è stata affermata la capacità giuridica generale della pubblica amministrazione, nel senso della piena capacità di diritto privato dell'ente locale, alla luce del principio normativo scolpito nell'art.1 comma 1 bis della legge 7 agosto 1990 n.241, secondo cui "*la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme del diritto privato, salvo che la legge non disponga altrimenti*". L'assunto trova omologa copertura costituzionale nel disposto dell'art. 118 Cost. che ha introdotto i principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza nell'attribuzione delle funzioni amministrative alle autonomie locali.

Il perseguimento dell'interesse pubblico affidato alle amministrazioni locali, quali soggetti giuridici portatori d'interessi generali della comunità amministrata, può essere attuato mediante la predisposizione di atti autoritativi tipici del diritto

amministrativo, ovvero mediante l'adozione di modelli consensuali dell'azione amministrativa.

Qualora la pubblica amministrazione opti per il perseguimento dell'interesse pubblico mediante attività di diritto privato, lo schema cui fare riferimento è il negozio giuridico disciplinato dal codice civile.

Al pari di ogni soggetto di diritto comune, la pubblica amministrazione gode dell'autonomia privata ai sensi dell'art.1321 c.c., intesa come capacità di costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici di tipo patrimoniale, ovvero di porre in essere atti negoziali atipici (art.1322 c.c.), purché con causa lecita e meritevole di tutela.

La capacità generale della pubblica amministrazione è però conformata da norme peculiari che la limitano e la regolano. Nel caso di specie, occorre fare riferimento alle regole di contabilità pubblica (R.D. n.2440/1923 e R.D. n. 827/1924), alle norme in tema di enti locali (art. 204 T.U.E.L.) ai principi dell'evidenza pubblica nella formazione dei contratti e alle discipline comunitaria e nazionale in materia di appalti pubblici (D. Lgs. 163/2006), particolarmente attente ai profili della gara pubblica nella scelta del contraente, del *favor* per la libera concorrenza, della trasparenza dell'azione amministrativa, della forma scritta *ad substantiam* di ogni contratto stipulato dalla pubblica amministrazione, della non discriminazione.

In secondo luogo, occorre verificare se la pubblica amministrazione possa utilizzare lo strumento del *leasing* finanziario per il perseguimento delle finalità istituzionali che nel caso di specie si rivelano nella possibilità di realizzare di un'opera pubblica di particolare rilievo sociale, qual è l'ampliamento della scuola dell'infanzia.

Si deve evidenziare che il contratto di *leasing*, di derivazione anglosassone, non può più essere considerato un contratto atipico in senso stretto, ovvero sconosciuto al nostro ordinamento, poiché esso è direttamente contemplato in alcune norme di legge.

Si richiamano in proposito l'art.1 comma 3 della legge 21 febbraio 1989 n.70, ove si esplicita il termine "*leasing*" quale attività di sfruttamento economico dei prodotti a semiconduttore, e l'art. 5 comma 2 del D.M. 21 giugno 1989, ove ci si riferisce al termine "*leasing*" mediante l'uso della locuzione "locazione finanziaria", proprio per evidenziare le differenze con il tipo negoziale disciplinato nel codice civile.

La legge offre anche una definizione di "*leasing*", *rectius* di locazione finanziaria. Ai sensi dell'art. 17 comma 2 della legge n.183/76, per operazioni di

locazione finanziaria s'intendono "le operazioni di locazione di beni mobili ed immobili, acquistati o fatti costruire dal locatore su scelta e indicazione del conduttore, che ne assume tutti i rischi, e con facoltà di quest'ultimo di diventare proprietario dei beni locati al termine del contratto, previo versamento di un prezzo prestabilito".

Il *leasing* è uno schema negoziale sinallagmatico e commutativo, con causa mista, che consente ad un soggetto, previo pagamento di un canone periodico, di utilizzare un bene, mobile o immobile, strumentale all'esercizio della propria attività o al perseguimento dei propri fini istituzionali, con possibilità di riscattarlo ad un prezzo inferiore al valore di mercato al termine del periodo di disponibilità stabilito nel contratto.

Il *leasing* sintetizza in sé non solo i caratteri tipici della locazione e della vendita a rate con riserva di proprietà, connessi rispettivamente, al godimento diuturno del bene e alla possibilità di riscattare la piena proprietà del medesimo alla fine del periodo di utilizzazione, ma anche la funzione di finanziamento.

La finalità economico-sociale nel *leasing* finanziario assurge a vera e proprio indice identificativo del tipo negoziale, garantendo un'autonomia concettuale del *leasing* rispetto alle figure tipizzate nel codice civile. Con detto contratto, l'utilizzatore usufruisce per il raggiungimento degli scopi istituzionali sia del bene che del capitale iniziale necessario per realizzarlo e usarlo.

Ne consegue che il pagamento del canone non rappresenta solo il corrispettivo per la locazione del bene, quanto piuttosto una modalità di restituzione del finanziamento per una somma corrispondente al valore complessivo dell'operazione economica programmata, la quale comprende altresì il costo del bene, l'ammortamento del capitale e dell'interesse sulle somme investite per la realizzazione dell'opera, l'utile e le spese del concedente.

Il profilo pubblicistico rileva anche ai fini della determinazione dell'oggetto del contratto di *leasing immobiliare in costruendo*, laddove la realizzazione dell'opera avvenga su beni già in proprietà dell'amministrazione.

Il ricorso allo strumento del *leasing* finanziario pubblico non può essere il mezzo per eludere le regole imposte dalla disciplina degli appalti pubblici e gli obiettivi del Patto di stabilità definiti nella nuova manovra finanziaria.

Da un lato, viene messo in luce che la realizzazione di opere pubbliche in *leasing* costituisce una grande opportunità per le amministrazioni perché, a differenza del *project-financing* ottimale per le opere "calde" (autofinanziabili in tutto o in parte mediante i flussi di cassa generati dall'utilizzazione dell'opera realizzata), il *leasing in costruendo* può essere molto utile per quelle "fredde"

(scuole, uffici pubblici, ecc., che non consentono un ritorno economico derivante dall'uso) in quanto consente alla stazione appaltante di "ordinare" la costruzione di un bene definito e di iniziare a pagare i costi solo a collaudo avvenuto, versando un canone periodico che, correttamente contabilizzato, potrebbe permettere nuovi investimenti senza violare i vincoli di finanza pubblica.

Dall'altro lato, si rileva che proprio i costi relativi all'operazione ed al debito che di fatto l'Ente si accolla rappresentano un limite all'istituto, poiché l'ammontare dei canoni risulta sempre assai superiore al valore del bene e tutti i rischi finiscono con il gravare sulla stazione appaltante, in qualità di utilizzatore (compresi quelli inerenti la risoluzione anticipata del contratto, caso in cui è sovente previsto che vengano corrisposte al soggetto finanziatore-realizzatore anche le rate non ancora scadute per l'intero ammontare dei canoni stabiliti).

In ogni caso, la disciplina del *leasing* finanziario deve essere compatibile con quella inerente la materia degli appalti comunitari e, in questa prospettiva teorica, deve essere inquadrato, a seconda della tipologia in concreto delineata, in una delle forme negoziali previste dalla disciplina comunitaria e nazionale (art. 160 *bis* D. Lgs. 163/2006), al fine di determinare le regole applicabili alla sottostante procedura di evidenza pubblica e al fine di enucleare i criteri interpretativi delle pattuizioni negoziali nei casi dubbi e controversi.

Nella determinazione del contenuto del contratto occorrerà tener conto che, per sua stessa natura, l'unica forma di *leasing* certamente ammissibile per la pubblica amministrazione è quella del *leasing* "traslativo", ovvero di un contratto di finanziamento che consenta di ottenere, alla fine del periodo di ammortamento dei canoni periodici, l'opera pubblica già utilizzata dall'ente locale, mediante la previsione in favore dell'ente del diritto di riscatto del bene medesimo, per una somma in precedenza concordata e comunque sempre inferiore al valore di mercato dell'opera.

In tali termini, il *leasing* finanziario "traslativo" (sul punto Cass. n. 10482/92), consolidando l'acquisto della proprietà del bene in capo all'ente pubblico, realizza l'obiettivo di incrementare stabilmente il patrimonio indisponibile dell'amministrazione, con conseguenti effetti positivi sulla sana e corretta gestione patrimoniale della *res publica*.

Lo schema causale del *leasing* immobiliare pubblico prevede la sussistenza in capo al soggetto utilizzatore di un diritto finale di opzione e, quindi, del diritto potestativo di riscattare o meno l'opera realizzata.

Se quest'ultima è a riscatto obbligato per sua natura (come, ad esempio nel caso di ampliamento di un immobile di proprietà dell'ente) o per il suolo sul quale

insiste (demaniale), non appare coerente con la causa del *leasing* e si concreta in una mera operazione di finanziamento.

In altri termini, si osserva che difficilmente percorribile si mostra la strada di trasferire la proprietà di beni demaniali o del patrimonio indisponibile del comune al soggetto realizzatore dell'opera, per poi procedere al riscatto dei beni finali, attese la particolare restrizione della circolazione dei beni pubblici e la limitata possibilità di costituire sopra di essi diritti reali a favore di terzi.

In tali ipotesi il diritto di riscatto, quale elemento essenziale del contratto di *leasing* immobiliare sarebbe una mera *fictio juris*, posto che la pubblica amministrazione è obbligata riappropriarsi di un bene già appartenente al proprio patrimonio. Non si tratterebbe di *leasing*, ma di altro tipo negoziale assimilabile ad un'operazione di finanziamento.

Preferibilmente, l'opera pubblica dovrà essere costruita su beni dell'aggiudicatario o su beni che si annoverano nel patrimonio disponibile del comune.

La previsione del diritto di superficie, *nummo uno*, sostanzialmente a titolo gratuito, unitamente alla retrocessione automatica del bene alla scadenza temporale della proprietà superficiaria, solo dopo aver corrisposto integralmente i canoni di *leasing*, svuota di contenuto precettivo il diritto di riscatto del bene alla scadenza dell'operazione di finanziamento e può in concreto configurare un'alienazione di bene pubblico a scopo di garanzia vietata dalla legge come accade per lo schema negoziale del *sale and lease back* anomalo (per tutte si veda Cass. sentenza 16 ottobre 1995 n.10805 e Cass. sentenza 21 gennaio 2005, n.1273 sul divieto del patto commissorio ex art. 2744 c.c.).

Peraltro, riguardo alla natura pubblica del soggetto che lo pone in essere in veste di utilizzatore, anche il ricorso al contratto di *leasing* va analizzato alla stregua dei criteri di convenienza economica che caratterizzano l'attività funzionale della pubblica amministrazione.

Sotto il profilo contabile, i canoni del *leasing*, in linea di principio, costituiscono spesa corrente da valutarsi secondo le regole determinate annualmente dalla legge finanziaria di riferimento ai fini del rispetto del patto di stabilità, nel caso di enti sottoposti a tale vincolo. Questa Sezione nel parere n.87/2008 ha riaffermato tali principi, affrontando altresì le nuove problematiche inerenti le modifiche legislative introdotte dall'art.62 della legge 133/2008 con riferimento all'art.3 della legge 350/2003 e all'art. 204 del D. Lgs. 267/2000, in tema di qualificazione giuridica della modalità di finanziamento, nonché di rapporto fra ammortamento dei canoni e capacità d'indebitamento dell'ente locale ed altresì analizzare le

implicazioni derivanti dalla disciplina descritta nell'art. 160 *bis* del D. Lgs. 163/2006, rubricato "Locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità" in tema di *leasing in costruendo*.

Il *leasing* finanziario immobiliare, già introdotto con la legge finanziaria per l'anno 2007 (L. n. 296/2006 artt. 1 commi 907-908;912-914), è attualmente disciplinato all'art. 160 *bis* del D. Lgs. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici), quale ulteriore modalità di realizzazione di opere pubbliche nella forma del partenariato pubblico-privato (PPP): "1. Per la realizzazione, l'acquisizione ed il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità i committenti tenuti all'applicazione del presente codice possono avvalersi anche del contratto di locazione finanziaria, che costituisce appalto pubblico di lavori, salvo che questi ultimi abbiano un carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto medesimo.

2. Nei casi di cui al comma 1, il bando, ferme le altre indicazioni previste dal presente codice, determina 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 economico-finanziaria dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

3. L'offerente di cui al comma 2 può essere anche una associazione temporanea costituita dal soggetto finanziatore e dal soggetto realizzatore, responsabili, ciascuno, in relazione alla specifica obbligazione assunta, ovvero un contraente generale. In caso di fallimento, inadempimento o sopravvenienza di qualsiasi causa impeditiva all'adempimento dell'obbligazione da parte di uno dei due soggetti costituenti l'associazione temporanea di imprese, l'altro può sostituirlo, con l'assenso del committente, con altro soggetto avente medesimi requisiti e caratteristiche.

4. L'adempimento degli impegni della stazione appaltante resta in ogni caso condizionato al positivo controllo della realizzazione ed alla eventuale gestione funzionale dell'opera secondo le modalità previste.

4-bis. Il soggetto finanziatore, autorizzato ai sensi del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, deve dimostrare alla stazione appaltante che dispone, se del caso avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche in associazione temporanea con un soggetto realizzatore, dei mezzi necessari ad eseguire l'appalto. Nel caso in cui l'offerente sia un contraente generale, di cui all'articolo 162, comma 1, lettera g), esso può partecipare anche ad affidamenti relativi alla realizzazione, all'acquisizione ed al completamento di

opere pubbliche o di pubblica utilità non disciplinati dalla parte II, titolo III, capo IV, se in possesso dei requisiti determinati dal bando o avvalendosi delle capacità di altri soggetti.

4-ter. La stazione appaltante pone a base di gara un progetto di livello almeno preliminare. L'aggiudicatario provvede alla predisposizione dei successivi livelli progettuali ed all'esecuzione dell'opera.

4-quater. L'opera oggetto del contratto di locazione finanziaria può seguire il regime di opera pubblica ai fini urbanistici, edilizi ed espropriativi; l'opera può essere realizzata su area nella disponibilità dell'aggiudicatario".

Il legislatore ha riconosciuto piena legittimità al contratto di *leasing* finanziario quale modalità di realizzazione di opere pubbliche, estendone l'ambito di operatività a tutti i committenti tenuti all'applicazione del Codice dei contratti pubblici e disciplinando con particolare cura il *leasing in costruendo* in relazione alle regole per la procedura di gara e di affidamento, le cui norme sono state successivamente introdotte ed ampliate dai già citati decreti correttivi al Codice dei contratti.

Nel *leasing* immobiliare *in costruendo* la funzione economica del contratto è volta non alla mera acquisizione della disponibilità di un bene per un periodo determinato di tempo, bensì alla realizzazione di un'opera pubblica a carico della stessa società finanziaria da destinare stabilmente al servizio della collettività amministrata.

La pubblica amministrazione realizza in tal modo un duplice interesse: dotarsi di un'opera pubblica che presenta determinate caratteristiche di utilizzo, in vista del futuro incremento qualitativo e quantitativo del patrimonio dell'ente; evitare l'esborso del capitale in un'unica soluzione.

Occorre rimarcare che tale forma di *leasing* deve comprendere anche la remunerazione dei fattori della produzione, oltre che i costi di costruzione dell'opera pubblica e l'esatta determinazione degli impegni finanziari.

Ne deriva che il *leasing* immobiliare *in costruendo*, assurge a schema negoziale avente una propria causa autonoma rispetto alle tradizionali forme di *leasing*. In particolare, la funzione economico-sociale che si realizza attiene al vantaggio per la pubblica amministrazione di ottenere la disponibilità immediata di un'opera pubblica funzionale al raggiungimento degli scopi istituzionali, senza doverne pagare per intero ed in un'unica soluzione il prezzo di acquisto, con possibilità di traslare parte dei rischi finanziari e di costruzione sulla controparte contrattuale, adeguatamente remunerata, e di generare flussi di cassa positivi derivanti dalla resa di un servizio pubblico efficiente.

In linea di principio, il *leasing* finanziario immobiliare sintetizza il triplice interesse della pubblica amministrazione a reperire capitali di rischio sul mercato (funzione creditizia), a finanziare opere di rilievo sociale mediante la resa del servizio (funzione finanziaria), ad assicurarsi rispetto ai rischi connessi con la costruzione e la gestione del bene (funzione assicurativa).

Nella determinazione del contenuto del contratto occorrerà tener conto che per sua stessa natura, l'unica forma di *leasing* certamente ammissibile per la pubblica amministrazione è quella del *leasing* "traslativo", ovvero di un contratto di finanziamento che consenta di ottenere alla fine del periodo di ammortamento dei canoni periodici, l'opera pubblica già utilizzata dall'ente locale, mediante la previsione in favore dell'ente del diritto di riscatto del bene medesimo, per una somma in precedenza concordata e comunque sempre inferiore al valore di mercato dell'opera.

In tali termini, il *leasing* finanziario "traslativo" (sul punto Cass. n.10482/92), consolidando l'acquisto della proprietà del bene in capo all'ente pubblico, realizza l'obiettivo di incrementare stabilmente il patrimonio indisponibile dell'amministrazione, con conseguenti effetti positivi sulla sana e corretta gestione patrimoniale della *res publica*.

Per quel che concerne il contenuto degli accordi contrattuali, occorre determinare con esattezza gli importi da corrispondere in sede di esecuzione del contratto, la frequenza e la periodicità dei canoni, la durata del contratto, il canone per il riscatto del bene, i corrispettivi di natura non finanziaria, le modalità di corresponsione dei canoni periodici ed il loro trattamento contabile nel bilancio dell'ente, l'introduzione di clausole d'indicizzazione dei canoni, le penalità per i ritardi nei pagamenti, le modalità di esercizio del diritto di riscatto e le procedura di acquisto del bene, nonché le eventuali condizioni per il recesso unilaterale dal contratto in favore della pubblica amministrazione.

Ogni clausola che comporti un onere finanziario per l'ente pubblico deve essere attentamente valutata per evitare ricadute negative sull'equilibrio dei conti dell'ente.

Per quanto concerne il diverso profilo del rispetto degli obiettivi del patto di stabilità interno, gli aspetti di criticità del *leasing* finanziario pubblico non afferiscono esclusivamente al divieto stabilito dall'art. 119, ultimo comma della Costituzione, che prevede il ricorso all'indebitamento solo per finanziarie spese d'investimento, ma anche alle norme descritte dall'art. 30 comma 15 della legge n.289/2002, che sanciscono sia un'ipotesi di responsabilità amministrativo-contabile di tipo sanzionatorio, sia la previsione della nullità degli atti e dei

contratti che violano o eludono il principio sancito dal citato art. 119 della Costituzione (sui profili sanzionatori forieri di responsabilità giuscontabile in tema di indebitamento per spese diverse dall'investimento, si soffermano le sentenze C. conti Sezioni Riunite n. QM 12/2007 e C. conti Sezione Giurisdizionale Umbria n.87/2008).

Persistendo sul medesimo crinale di analisi delle criticità, si rileva che la scelta in favore del *leasing* finanziario deve essere congruamente ponderata in comparazione alla percorribilità della medesima operazione mediante il ricorso a forme canoniche d'indebitamento per le spese d'investimento.

In altri termini, l'adozione dello schema del *leasing* finanziario deve essere valutata con specifico riguardo alla convenienza alternativa indotta dal ricorso al contratto di mutuo o dal finanziamento dell'ente ad opera della Cassa Depositi e Prestiti, verificando in modo analitico l'impatto in termini di sostenibilità per il bilancio dell'ente di entrambe le forme d'indebitamento.

Il fattore di maggiore interesse nella valutazione della convenienza economica di un'operazione di *leasing* è rappresentato dalla determinazione dell'onerosità espressa in termini d'indice sintetico di costo, ovvero di tasso effettivo e di ammontare del canone da pagare.

Il tasso effettivo comprende, infatti, anche alcuni elementi impliciti nell'operazione di debito. Il canone non è solo composto dalla quota di capitale ed interessi, ma anche dagli oneri accessori, assicurativi e di manutenzione del contratto, dalle spese di istruttoria della pratica, nonché dal rischio di solvibilità della controparte.

La sostenibilità degli oneri finanziari deve essere valutata con riferimento ai vincoli di bilancio dell'ente e deve essere adeguatamente ponderato il ricorso al *leasing* per finanziare la costruzione di opere, il cui costo non può essere sostenuto con i tradizionali canali d'indebitamento.

Nell'adottare il *leasing* finanziario immobiliare quale forma di finanziamento reperibile sul mercato, l'ente pubblico dovrà adeguarsi alle norme sancite dagli artt. 202- 204 T.U.E.L. e dovranno essere attentamente valutate le forme di garanzia sull'assolvimento delle obbligazioni contrattuali concesse dall'ente pubblico, quali cauzioni e depositi per la copertura dei canoni o di parte del prezzo di riscatto del bene, o come la delegazione di pagamento ai sensi dell'art. 206 T.U.E.L., quale forma di ulteriore garanzia normativamente prevista per il pagamento dei ratei di ammortamento dei mutui e dei prestiti contratti dagli enti locali.

Del pari, deve essere evitato l'utilizzo del *leasing*, quale forma d'indebitamento per gli investimenti vietata agli enti locali, regioni e province autonome inadempienti alle regole del patto di stabilità interno relativo agli anni 2008-2011, ai sensi delle inderogabili statuizioni contenute negli artt. 77, 77 *bis* comma 20 lett. b), 77 *ter* lett. b) della legge finanziaria n.133/2008, le quali potrebbero essere agevolmente eluse qualora l'ente che non abbia rispettato il patto di stabilità interno, nell'anno successivo all'inadempienza stipulasse un contratto di *leasing* finanziario per la realizzazione di opere pubbliche, in sostituzione delle forme di finanziamento espressamente proibite, quali il mutuo o l'emissione di prestito obbligazionario.

Non sembra altresì coerente con i principi di sana e corretta gestione finanziaria, in assenza di ponderate valutazioni comparative circa la convenienza economica dell'operazione, l'adozione di forme di *leasing* da parte di enti locali che presentano deficienze strutturali di cassa o che sono reiteratamente ricorsi ad anticipazioni di tesoreria negli esercizi precedenti. Nel caso in esame, il, con nota del Sindaco citata in premessa, dichiara sia l'assenza di deficit di cassa che l'assenza di anticipazioni di tesoreria.

L'utilizzazione del contratto di *leasing* per la realizzazione di un'opera pubblica di particolare rilievo sociale, deve essere inserita nell'ambito del programma pluriennale di lavori pubblici che il comune intende realizzare, non essendo sufficiente una mera delibera a contrarre che valuti la convenienza economica in modo del tutto avulso dal contesto programmatico delineato dall'amministrazione.

A tale riguardo, si osserva che l'operazione di *leasing* posta in essere dal comune di Travagliato, solo in parte è stata prevista nel piano triennale delle opere pubbliche 2009-2011, documento ufficiale in cui era programmata la realizzazione di una scuola per l'infanzia per l'importo di euro 3.500.000, e non del polo scolastico comprensivo di nido e scuola materna per l'importo complessivo di euro 4.300.000.

La modifica realizzativa si rinviene a partire dalla delibera giunta n.44 del 9 marzo 2009 e dalla successiva determina per la gara di progettazione preliminare e trova i suoi presupposti nel progetto preliminare appaltato mediante procedura negoziata, mentre, al contrario la determinazione n.438 del 24 novembre 2008, prevedeva il costo complessivo dell'opera per l'importo di euro 3.500.000. Se ne deduce che l'ampliamento della programmazione dell'intervento non trova riscontro nei documenti che sono stati inviati in sede istruttoria alla Sezione.

Va in ogni caso posto in evidenza che il ricorso al *leasing* finanziario pone a carico delle generazioni future il costo dell'opera senza le limitazioni previste per i

mutui e con l'effetto di spostare nel tempo la data d'inizio della spesa a carico del bilancio dell'ente locale. I bilanci successivi presenterebbero un maggiore grado di rigidità. E' per tale motivo che gli investimenti che comportano oneri pluriennali devono essere contenuti nel piano delle opere da realizzare, alla stregua dei criteri di sana e corretta gestione finanziaria.

Si evidenzia, altresì, che nella documentazione trasmessa dal comune di Travagliato, non si rinviene alcun approfondimento circa la possibilità di realizzare la pur necessaria opera pubblica scolastica mediante il ricorso ai tradizionali canali d'indebitamento derivante dall'accensione di mutui o di prestiti, cosicché non appare appieno valutata la convenienza economica derivante dalla scelta dello strumento del *leasing immobiliare in costruendo*.

Con la predisposizione di un progetto preliminare di gara, l'amministrazione comunale, allo stato, non conosce né l'esatto importo delle rate di *leasing*, né l'impatto del costo dell'opera sugli equilibri di bilancio a medio-lungo termine. La previsione di risorse proprie, pari a circa un milione di euro, copre solo parzialmente il valore dell'opera da realizzare per complessivi euro 4.300.000.

Sull'aspetto programmatico e sulla valutazione di sostenibilità finanziaria, alla luce del carente riferimento alla convenienza economica di soluzioni alternative, la Sezione registra un *deficit* conoscitivo da parte dell'amministrazione comunale, che determina una palese anomalia in sede di controllo sulla gestione dell'operazione d'investimento, da evidenziarsi al fine di provocare processi di autocorrezione dell'azione amministrativa.

Questa Sezione, nel ribadire i principi già affermati nei propri pareri n.87/2008 e n.52/2009, rimarca la necessità che da parte dell'Ente sia posta particolare attenzione a che l'operazione di *leasing in costruendo* prevista per la realizzazione dell'opera tenga conto dell'effettiva convenienza del ricorso a tale strumento in relazione ai costi da sostenere da parte del comune.

In particolare, occorre che sia valutato in quale misura possa incidere sulla valutazione economica del contratto la circostanza che il bene oggetto di realizzazione abbia una destinazione vincolata (ritenendosi che si tratti di un immobile che, per l'utilizzo cui è destinato, costituisca "opera fredda" nella comune classificazione degli interventi di Partenariato Pubblico Privato).

Occorre, altresì, prendere in considerazione l'effettiva incidenza degli eventuali incrementi dei costi di realizzazione dell'opera sui canoni che dovrà sostenere il comune.

Residua la necessità di una più puntuale dimostrazione di sostenibilità della spesa afferente il *leasing*, secondo la formula di determinazione del canone stabilita

per l'affidamento del contratto, in confronto alla realizzazione dell'immobile secondo l'usuale schema di accensione di mutuo ai tassi di mercato ed individuazione dell'appaltatore d'opera.

Infine, deve essere attentamente ponderato lo stesso meccanismo di determinazione dell'ammontare degli oneri finanziari in capo al Comune, comportando la clausola relativa, inserita nei documenti relativi all'operazione di *leasing* in esame, effetti non precisamente determinati e pertanto potenzialmente non sostenibili, in grado di esporre l'Ente, in conseguenza, a ricadute negative sull'equilibrio dei propri conti.

P.Q.M.

La Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Regione Lombardia, segnala al Consiglio comunale di Travagliato che l'operazione di *leasing immobiliare in costruendo* oggetto della presente deliberazione presenta i profili di criticità messi in luce nella motivazione;

Dispone che la presente deliberazione sia trasmessa al Presidente del Consiglio comunale, al Sindaco e all'Organo di revisione del Comune di Travagliato.

Il Relatore
(dr. Gianluca Braghò)

Il Presidente
(dr. Nicola Mastropasqua)

Depositata in Segreteria il
17 dicembre 2009
Il Direttore della Segreteria
(dott.ssa Daniela Parisini)