



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

composta dai magistrati

| | |
|---------------------------|-------------------------------|
| dott. Nicola Mastropasqua | Presidente |
| dott. Antonio Caruso | Consigliere |
| dott. Giancarlo Penco | Consigliere |
| dott. Angelo Ferraro | Consigliere |
| dott. Giancarlo Astegiano | Primo Referendario (relatore) |
| dott. Gianluca Braghò | Referendario |
| dott. Alessandra Olessina | Referendario |
| dott. Massimo Valero | Referendario |

nell'adunanza del 22 settembre 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. Giancarlo Astegiano.

Premesso in fatto

Dall'esame della relazione, redatta ai sensi dell'art. 1, commi 166 e segg. della legge 23 dicembre 2005, n. 266, dal Collegio dei Revisori dei conti del Comune di Gessate (MI), relativa al bilancio di previsione 2009 si evince che l'Amministrazione comunale di Gessate nel 2009 ha concluso un'operazione di *leasing immobiliare in costruendo* per realizzare l'ampliamento del cimitero.

In sede istruttoria, a seguito della richiesta di chiarimenti in ordine alla procedura amministrativa adottata, l'organo di revisione dell'ente ha precisato che l'importo complessivo dell'operazione ammonta a 980.000 euro e che *"il canone di locazione corrisponde a 40 rate semestrali posticipate calcolate sulla base Euribor 6 ML, rilevato il giorno antecedente la decorrenza del contratto di locazione finanziaria, maggiorato dello spread indicato in offerta, pari a 1,39%"*. In base a quanto comunicato dall'organo di revisione, l'ente avrebbe dato corso all'operazione finanziaria per effettuare l'ampliamento del cimitero poiché mediante l'utilizzo di questa tipologia contrattuale avrebbe potuto osservare i vincoli derivanti dal patto di stabilità interno. In relazione all'ammontare complessivo dell'indebitamento, l'organo di revisione ha precisato che il Comune di Gessate ha sempre rispettato il limite previsto dall'art. 204 del TUEL e che anche conteggiando l'ammontare dell'operazione di leasing insieme con gli altri debiti il predetto limite risulterebbe osservato. Infatti, nel 2009 la percentuale d'incidenza degli interessi passivi sui primi tre titoli delle entrate, senza conteggiare l'operazione in questione, è pari al 2,52%.

Al termine dell'istruttoria, il Magistrato Istruttore, considerata la novità della questione e la potenziale interferenza dell'operazione con le regole relative al Patto di stabilità interno, con la disciplina relativa all'indebitamento, e, più in generale, con l'osservanza delle regole di sana gestione finanziaria ha chiesto al Presidente della Sezione di fissare apposita adunanza per l'esame collegiale della situazione.

In data 18 - 21 settembre 2009, dopo la notifica dell'ordinanza che ha disposto la convocazione dinanzi alla Sezione, il Comune di Gessate inviato una nota con la quale ha trasmesso alla Sezione i documenti inerenti gli atti amministrativi e contrattuali ed ha precisato i termini economici e finanziari dell'intervento.

Nel corso dell'adunanza del 22 settembre 2009, dopo la relazione del Magistrato istruttore, sono intervenuti i rappresentanti del Comune di Gessate, i

quali hanno illustrato il contenuto dei documenti trasmessi in precedenza e chiarito ogni aspetto dell'operazione posta in essere dall'ente.

Considerato in diritto

Il controllo svolto dalle Sezioni regionali della Corte dei conti

La legge 23 dicembre 2005, n. 266 ha delineato una nuova e significativa modalità di verifica in ordine al rispetto degli obiettivi previsti dalla normativa sul Patto di stabilità interno e alla correttezza della gestione finanziaria degli enti territoriali, 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 quali 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 e, ribadita, dalle sentenze 9 novembre 2005, n. 417 e 6 giugno 2007, n. 179), il legislatore ha ritenuto di rafforzare ulteriormente questo ruolo (sul punto si rinvia alle considerazioni svolte nella delibera di questa Sezione n. 10 del 13 ottobre 2006).

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 o le gravi irregolarità riscontrate nella gestione dell'ente 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 (Corte conti, sez. contr. Lombardia, 13 ottobre 2006, n. 10 cit.).

La questione: le ricadute sulla sana gestione finanziaria dell'operazione di leasing immobiliare in costruendo conclusa dall'ente

L'esame della relazione redatta ai sensi dell'art. 1, comma 166 della legge 23 dicembre 2005, n. 266 dal Collegio dei revisori dei conti del Comune di Gessate in ordine alle risultanze del bilancio di previsione relativo all'esercizio 2009 ha messo in luce che l'ente ha approvato il bilancio di previsione relativo all'esercizio 2009 prevedendo la realizzazione dell'ampliamento del cimitero comunale

utilizzando quale modalità attuativa lo strumento contrattuale del *leasing immobiliare in costruendo*.

Considerate le potenziali ricadute economiche e finanziarie che l'utilizzo di questo particolare strumento può avere sulla complessiva gestione dell'ente, la Sezione ha esaminato l'operazione posta in essere dal Comune al fine di fornire elementi di valutazione al Consiglio comunale, sia in relazione all'operazione già conclusa che alle decisioni da assumere in futuro in relazione alle implicazioni che le singole modalità contrattuali possono presentare in relazione alla complessiva gestione finanziaria dell'ente.

1) Il *leasing immobiliare in costruendo*

Il *leasing immobiliare in costruendo*, vale a dire il contratto di locazione finanziaria avente ad oggetto la realizzazione e la successiva concessione in locazione finanziaria di un bene immobile è una delle varianti del contratto di *leasing* che, come noto, trae le sue origini e le caratteristiche da un modello nato nella pratica commerciale dei paesi di *common law*.

L'utilizzazione del contratto di *leasing* nell'ordinamento italiano si fonda sulla previsione normativa di carattere generale contenuta nell'art. 1322 del codice civile in materia di autonomia contrattuale delle parti poiché la tipologia contrattuale non è stata espressamente prevista e disciplinata dal legislatore. Si tratta, quindi, di un contratto che, ferme restando le caratteristiche essenziali che contraddistinguono il modello così come derivanti dalla prassi contrattuale che si è andata consolidando, deve rispondere alle esigenze che le parti si prefiggono e deve essere, in concreto, modellato da queste ultime.

In sostanza, con il contratto di *leasing in costruendo* una parte del contratto si obbliga a costruire, finanziandone il costo, un bene immobile rispondente ad esigenze funzionali, di durata almeno pari a quelle di vigenza del contratto, dell'altra parte, la quale si obbliga a pagare dei canoni periodici ed ha il diritto di riscatto finalizzato ad ottenere la piena proprietà dell'opera alla scadenza del contratto.

Considerando il particolare oggetto del contratto che prevede sia aspetti di finanziamento che di realizzazione di un bene, è andata consolidandosi nella prassi, successivamente accolta dal legislatore, la natura trilaterale del contratto prevedendosi la presenza sia di un costruttore che di un finanziatore, oltreché dell'ente pubblico.

Elementi essenziali del contratto sono:

- costruzione di un'opera a cura di un soggetto, che ne è anche il finanziatore, nonché proprietario;

- rispondenza dell'opera costruenda ad esigenze dell'altra parte contrattuale. Esigenze che possono essere personalizzate attraverso la individuazione delle caratteristiche essenziali dell'opera ovvero anche attraverso un progetto redatto a cura della parte committente;
- pagamento di un canone che può essere variamente configurato, comprendendo anche parte del valore capitale dell'opera;
- diritto di riscatto al termine del contratto da parte del committente, con conseguente acquisizione del bene. Il riscatto del bene costituisce una facoltà e non un obbligo e, pertanto, in caso di mancato esercizio il soggetto finanziatore proprietario ha il diritto di utilizzare il bene ovvero di rimetterlo sul mercato.

Al di fuori del sistema così delineato possono aversi altre tipologie contrattuali, variamente rispondenti alla esigenza da parte di un soggetto di fruire della realizzazione di una specifica opera, valide se sussistono le condizioni previste dall'art. 1322 cod. civ., ma diverse dalla fattispecie tipizzata del *leasing in costruendo*.

Ferme restando le precisazioni sopraindicate, devono essere valutati i limiti di compatibilità dello schema contrattuale del *leasing in costruendo*, come sopra delineato, con i principi che regolano l'attività delle Amministrazioni pubbliche, tenendo conto del principio del generale utilizzo da parte della Pubblica amministrazione di tutti gli strumenti contrattuali di diritto privato che non si pongano in contrasto con norme imperative.

Al riguardo occorre premettere che la Sezione, in più occasioni, si è occupata dell'utilizzo del contratto di *leasing* che parte dalla pubblica amministrazione individuando i limiti e le caratteristiche che l'operazione può assumere (12 ottobre 2006, n.15; 13 novembre 2008, n.87 e 5 marzo.2009, n.52.

Quanto alla possibilità di utilizzare il *leasing immobiliare in costruendo* è stata espressamente riconosciuta dal legislatore nell'ambito della disciplina dei contratti pubblici, sul presupposto che il contratto in questione non si caratterizza per la "mera acquisizione della disponibilità di un bene per un determinato periodo di tempo, avvalendosi di un "finanziamento" da parte di una società finanziaria" ma per essere finalizzato alla "realizzazione dell'opera a carico della stessa società finanziaria", come è stato messo in luce dall'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici¹.

¹Parere 31 gennaio 2008, n. 24

A questo proposito, val la pena sottolineare che, anche prima che il legislatore disciplinasse la materia, in relazione a quest'istituto ed alle sue possibilità di utilizzo nell'ambito dell'Amministrazione pubblica, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici si era pronunciata in più occasioni, affinando nel tempo il proprio orientamento, giungendo a ritenere che, fermo restando il principio di tassatività delle procedure, fosse possibile utilizzare questo strumento sia in relazione a situazioni di necessità ed urgenza prese in considerazione da specifiche normative che in ipotesi prive di "copertura normativa di deroga", purchè l'opera da realizzare fosse considerata quale contratto di tipo misto con prevalenza della parte lavori².

Negli ultimi anni, il legislatore si è fatto carico di disciplinare i limiti di utilizzo di questo strumento nell'ambito del settore pubblico dapprima con la legge finanziaria per il 2007 che, ai commi 907, 908, 912, 913 e 914 dell'art. 1, ha previsto espressamente la possibilità di utilizzare il *leasing* non solo per l'acquisizione, ma anche per la realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità.

A seguire, con il secondo decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici, la disciplina del *leasing immobiliare in costruendo* è stata introdotta nel d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, all'art. 160 bis che ha recepito, sostanzialmente, la precedente disciplina contenuta nella legge finanziaria per il 2007, stabilendo che, dal punto di vista oggettivo, il contratto può riguardare la realizzazione, l'acquisizione ovvero il completamento, conformemente alle indicazioni del committente, di opere pubbliche o di pubblica utilità.

Ma, è con il terzo decreto correttivo al Codice dei contratti che vengono chiarite alcune questioni relative sia alla qualificazione giuridica dell'istituto che ai rapporti tra soggetto finanziatore e soggetto realizzatore dell'opera e che, sostanzialmente, viene reso operativo lo strumento (d. lgs. 11 settembre 2008, n. 152).

A seguito degli ultimi interventi normativi, il contratto di locazione finanziaria relativo alla costruzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità viene qualificato, nella parte generale del Codice, come contratto che ha ad oggetto la prestazione di servizi finanziari e l'esecuzione di lavori (art. 3, co. 15 bis), che, come precisato nella parte speciale, costituisce "*appalto pubblico di lavori*", salvo che questi ultimi abbiano carattere accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto, ipotesi da ritenersi residuale (art. 160 bis).

² In relazione all'orientamento iniziale si vedano le delibere 4 dicembre 2002, n. 337 e 29 gennaio 2003, n. 19; le valutazioni successive si evincono dalla delibera 23 settembre 2004, n. 145

La possibilità che alla gara partecipi un'associazione temporanea d'impresa-A.T.I.- è una delle particolarità di questa tipologia contrattuale utilizzabile dagli enti pubblici poiché proprio la regolamentazione dei rapporti tra i tre soggetti, finanziatore, costruttore e amministrazione, è idonea, in molti casi, a mettere in luce quale sia l'effettiva natura del contratto.

Con riferimento ai requisiti del soggetto finanziatore, viene precisato che lo stesso deve dimostrare alla stazione appaltante la disponibilità dei mezzi necessari ad eseguire l'appalto "*se del caso avvalendosi della capacità di altri soggetti, anche in associazione temporanea con un soggetto realizzatore*"; ciò al fine di evitare che alla procedura di gara promossa dall'ente pubblico partecipino unicamente soggetti finanziatori, non in grado di procedere alla realizzazione dell'opera che è elemento essenziale del contratto (art. 160 bis, co. 4 bis).

L'ente che intende avvalersi di questo strumento deve predisporre un progetto dell'opera che intende acquisire almeno di livello preliminare, al fine di evitare che vengano bandite gare in relazione a progetti non sufficientemente ponderate (art. 160 bis, co. 3 *ter*). L'elaborazione delle successive fasi progettuali è rimessa al soggetto aggiudicatario e, generalmente, costituisce uno degli elementi di valutazione nell'ambito della gara pubblica.

Ai fini urbanistici, espropriativi ed edilizi l'area sulla quale andrà a sorgere l'opera pubblica o di pubblica utilità gode dello stesso regime delle aree sulle quali sorgono le opere pubbliche (art. 160 bis, co. 4 *quater*), anche se durante tutta la durata del contratto di locazione finanziaria l'opera appartiene ad un soggetto privato.

2) Le valutazioni in ordine all'utilizzo del leasing immobiliare in costruendo nel settore pubblico

Le valutazioni espresse in ordine alle possibilità di utilizzazione di questa forma contrattuale nell'ambito dell'attività degli enti pubblici non sono concordi, anche se, come rilevato sopra, il legislatore ha espressamente previsto e disciplinato il ricorso al leasing immobiliare in costruendo da parte delle Amministrazioni pubbliche.

Infatti, da un lato viene messo in luce che costruire opere pubbliche in *leasing* rappresenterebbe un'importante opportunità per le Amministrazioni pubbliche perché a differenza dal *project financing*, strumento ottimale per la realizzazione di opere "*calde*", vale a dire idonee ad autofinanziarsi (ad esempio un parcheggio), il *leasing* potrebbe essere utile in relazione a quelle "*fredde*", vale a dire le opere che non prevedono una redditività immediata dell'investimento (scuole, uffici pubblici, e simili), in quanto consentirebbe all'ente pubblico di

“ordinare” la costruzione di un bene definito e di cominciare a pagarlo solo dopo il collaudo, utilizzandolo per tutto il periodo contrattuale e versando un canone da contabilizzare fra le spese correnti, senza violare alcuna regola di finanza pubblica.

Dall'altro lato, si rileva che i costi relativi all'operazione, che sono superiori a quelli di un'ordinaria realizzazione dell'opera con risorse proprie dell'ente o mediante il ricorso ad indebitamento, unitamente al vincolo di pagare un canone prefissato, comprensivo del corrispettivo per il godimento del bene, di una quota di interessi e finanche di una quota capitale, per tutta la durata contrattuale costituiscono un limite dell'istituto, poichè l'ammontare dei canoni risulta sempre assai superiore al valore del bene e, in base ai più comuni schemi contrattuali, i rischi gravano sulla stazione appaltante così come, in caso di risoluzione del contratto prima della scadenza, è previsto che siano corrisposte al soggetto finanziatore-realizzatore anche tutte le rate non ancora scadute.

In conclusione è evidente che si tratta di uno schema contrattuale innovativo che il legislatore ha previsto e che, in astratto, è sempre utilizzabile dalle Amministrazioni pubbliche quale modalità per realizzare opere pubbliche o di pubblica utilità.

Ma l'esistenza del modello contrattuale non giustifica di per sè l'utilizzo da parte degli enti pubblici in ogni occasione, poichè la scelta in concreto dello strumento contrattuale da utilizzare per la realizzazione della singola opera deve essere effettuata tenendo conto della natura dell'opera che si intende costruire, dei vincoli di finanza pubblica che gravano sull'ente nel momento in cui viene assunta la decisione e dei principi di economicità, efficienza ed efficacia che devono, in ogni caso, presiedere all'azione amministrativa.

Conseguentemente, l'ente che intenda prendere in considerazione la possibilità di avvalersi di questa modalità contrattuale deve valutare, in concreto, la fattibilità giuridica dell'intervento e la convenienza finanziaria ed economica, anche in relazione alle diverse possibilità di finanziamento previste dall'ordinamento (risorse proprie e indebitamento ordinario per il tramite di mutuo, apertura di credito o altre modalità).

Nell'ambito delle valutazioni che ciascun ente deve compiere occorre considerare, in particolare modo, gli aspetti di seguito indicati.

2.1) Leasing immobiliare in costruendo e opere pubbliche

La natura del soggetto utilizzatore così come la particolarità che il bene oggetto del contratto è opera pubblica o di pubblica utilità impone l'adozione di particolari cautele e verifiche da parte dell'ente pubblico che intende ricorrere a questo strumento. In particolare, come è stato messo in luce in dottrina, è

necessario che venga compiuto un accertamento preliminare in ordine alla possibilità che l'opera che l'ente intende realizzare possa formare oggetto del contratto di locazione finanziaria sia in relazione all'uso che alla funzione alla quale la stessa sarà destinata.

2.1.1) Il diritto di opzione ed il riscatto dell'opera

Lo schema causale del contratto di *leasing* prevede la sussistenza di un diritto finale di opzione in capo al soggetto utilizzatore che quindi ha il diritto potestativo di riscattare o meno l'opera, ad un prezzo predeterminato.

E', infatti, caratteristica essenziale del *leasing* che il bene o l'opera oggetto del contratto sia di proprietà del soggetto finanziatore e che, conseguentemente, al termine del periodo contrattuale al locatario sia concesso il diritto potestativo di decidere se riscattare ed acquisire l'opera ovvero se rinunciare all'acquisto e restituire il bene al locatore che potrà disporne utilizzandolo direttamente ovvero cedendolo a terzi.

Nel recente passato si è sostenuto che nel contratto di *leasing immobiliare in costruendo* del quale sia parte un'Amministrazione pubblica l'esistenza di un diritto di riscatto non sia obbligatoria, potendosi prevedere, esplicitamente od anche implicitamente, l'esistenza di un obbligo di riscatto a carico dell'ente pubblico³. Questa conclusione non è condivisibile poiché, da un lato, non è prevista nella disciplina specifica del Codice dei contratti pubblici e, dall'altro, di fatto è ontologicamente incompatibile con il concetto stesso del contratto di *leasing*. Diversamente opinando si sarebbe in presenza di un contratto di finanziamento innominato.

Eventuali clausole contrattuali che prevedano un obbligo di riscatto da parte dell'utilizzatore ente pubblico si pongono in insanabile contrasto con lo schema causale del contratto di locazione finanziaria, come è stato evidenziato recentemente dalla migliore dottrina che ha specificato come l'esistenza del diritto di riscatto sia elemento essenziale del contratto, anche nell'ambito del *leasing* pubblico.

2.1.2) La natura dell'opera pubblica

Altra questione estremamente delicata riguarda la natura dell'opera pubblica che l'ente intende realizzare in relazione alla circostanza che la stessa, come è stato messo in luce da autorevole dottrina, deve essere "*suscettibile di formare oggetto di proprietà privata*".

³ Ad esempio, sul punto merita di essere segnalata, anche per la diffusione negli schemi contrattuali adottati da alcuni enti pubblici, la circolare ANCE 22 gennaio 2007, n. 6

Infatti, caratteristica essenziale del contratto è che il soggetto privato che concede il bene in *leasing* è proprietario dello stesso sino all'eventuale esercizio del diritto di riscatto da parte del locatore. In caso di mancato riscatto, ovviamente, conserva la proprietà del bene e ne può disporre liberamente.

Conseguentemente, possono formare oggetto del contratto di *leasing immobiliare in costruendo* del quale sia parte un ente pubblico territoriale unicamente beni che siano suscettibili di formare oggetto di proprietà privata, con esclusione di tutti i beni rientranti nel demanio pubblico necessario (art. 822, co. 1 cod. civ.) ovvero facenti parte del patrimonio indisponibile, in quanto non commerciabili (art. 826, co. 2, cod. civ.).

2.1.3) La proprietà dell'area sulla quale viene realizzata l'opera.

L'ultimo periodo dell'art. 160 bis, co. quater prevede che l'opera pubblica possa essere realizzata su un'area che sia nella disponibilità dell'aggiudicatario.

Si tratta di una disposizione di difficile interpretazione, come ha riconosciuto autorevole dottrina, infatti, se l'area fosse di proprietà della stazione appaltante, vale a dire dell'ente pubblico, *"verrebbe meno l'intero impianto della locazione finanziaria"* poiché non è concepibile che il proprietario dell'area concluda un contratto di locazione riferito alla stessa.

L'opera dovrà, pertanto, essere realizzata su un'area nella disponibilità dell'aggiudicatario.

La disponibilità potrà essere acquisita direttamente dall'aggiudicatario che individui l'area e proceda all'acquisto ovvero per il tramite di procedura espropriativa disposta in favore del soggetto realizzatore dell'opera, ovvero ancora se l'opera è da realizzare su un'area di proprietà dell'ente pubblico la stessa dovrà essere ceduta al soggetto aggiudicatario della gara.

A questo proposito, anche in relazione alla prassi che si è andata formando, sono sorte alcune questioni particolari e meritevoli di analisi separata in relazione alla concessione di un diritto di superficie su un'area di sua proprietà da parte dell'ente pubblico in favore dell'aggiudicatario .

2.1.4) La questione della concessione dell'area in diritto di superficie

Infatti, nella prassi contrattuale sinora seguita da molti enti pubblici, risulta che l'area sulla quale è prevista la realizzazione dell'opera sia di proprietà dell'ente pubblico e che la stessa venga concessa in diritto di superficie al soggetto realizzatore.

Questa modalità esecutiva solleva numerose perplessità poiché, di fatto, in questo modo l'opera viene realizzata su un suolo già di proprietà dell'ente pubblico che, alla scadenza del diritto reale, diviene automaticamente proprietario dell'opera, indipendentemente dal pagamento o meno dei canoni di locazione.

Tuttavia, valutando il contenuto del diritto di superficie, potrebbe ammettersi l'utilizzo di questo strumento purchè il diritto reale sia concesso per un periodo considerevolmente più lungo rispetto a quello previsto per il contratto di locazione finanziaria, cosicché nel momento in cui spira il termine del contratto di *leasing* il bene conservi un'apprezzabile valore di mercato che, al contrario, verrebbe meno ove vi fosse coincidenza tra scadenza del contratto di locazione finanziaria e diritto di superficie. Infatti, in quest'ultimo caso, nel momento in cui cessa il diritto di superficie l'ente pubblico non solo riacquista la piena proprietà dell'area ma anche quella dell'opera realizzata sulla stessa, indipendentemente dall'esercizio del diritto di opzione e, addirittura, anche nel caso in cui non intendesse esercitare l'opzione.

2.3) La valutazione in ordine alla convenienza economica e finanziaria dell'operazione

I principi di economicità, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa impongono che l'ente che intende utilizzare questa modalità contrattuale per la realizzazione di un'opera pubblica o di pubblica utilità effettui una preliminare valutazione in ordine convenienza economica e finanziaria dell'operazione.

Ove all'esito della valutazione non venga ravvisata la convenienza economica e finanziaria e l'ente intendesse adottare, comunque, questa modalità di realizzazione, dovrebbe esplicitare in modo chiaro quali siano le ragioni che impongono una scelta che non rispetta questo parametro che deve presiedere allo svolgimento dell'azione amministrativa, soprattutto contrattuale.

Al riguardo, infatti, potrebbero esservi ragioni dirette ad utilizzare lo strumento del *leasing* immobiliare per eludere limiti o divieti previsti o comunque desumibili dalla disciplina relativa al patto di stabilità interno o ai limiti di indebitamento che ciascun ente deve osservare.

La disciplina del patto di stabilità e dell'indebitamento ha caratteristica essenziale e fondante dell'azione degli enti pubblici e ove in base a questa disciplina sia preclusa all'ente pubblico una determinata attività perché non ha osservato alcuni parametri finanziari non è possibile ricorrere ad uno strumento quale il *leasing* immobiliare con finalità elusiva del divieto. Infatti, si avrebbe, di fatto, una deviazione dalla causa del *leasing* e, soprattutto, verrebbe posto in essere un comportamento che, nella sostanza, viola il divieto.

2.4) Leasing immobiliare e contabilità pubblica

La conclusione di un contratto di *leasing immobiliare in costruendo* deve tenere conto dei limiti ed obblighi di finanza e contabilità pubblica che gli enti locali sono tenuti ad osservare.

Gli aspetti da prendere in considerazione sono due, l'uno riferito alle regole di contabilità pubblica in senso stretto e l'altro al rapporto fra finalità dello strumento e vincoli di finanza pubblica.

Quanto al primo aspetto occorre rilevare che il comma 15-ter dell'art. 3 del codice dei contratti, introdotto dal terzo correttivo, stabilisce che *"alle operazioni di partenariato pubblico privato (PPP) si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat"*:

Infatti, nell'ambito della specificazione dei vincoli di finanza pubblica che gli Stati che compongono l'Unione europea devono seguire in materia di disavanzo e debito pubblico, è stato messo in luce che la spesa inerente la costruzione di opere pubbliche non grava sul bilancio dell'ente a condizione che il rischio concernente la costruzione dell'opera ricada sul soggetto realizzatore e che a quest'ultimo venga addossato anche un rischio ulteriore consistente, alternativamente, in quello riferito alla domanda, vale a dire all'utilizzo da parte degli utenti finali ovvero nella disponibilità del servizio connesso alla realizzazione dell'opera⁴.

Ebbene, in relazione alla valutazione delle operazioni di leasing immobiliare per potersi ritenere che l'intervento sia considerabile quale Partenariato pubblico privato ai fini dell'inserimento nella contabilità pubblica, e, in particolare, per non essere considerato nel calcolo del disavanzo e del debito pubblico, rispetto ai tre rischi classificati da Eurostat di costruzione, di domanda e di disponibilità, almeno due - normalmente quelli di costruzione e di domanda negli interventi relativi alla realizzazione di opere pubbliche - devono pienamente sussistere in modo sostanziale e non solo formale a carico del privato.

La mancata sussistenza di almeno due parametri indica che l'operazione non ha realmente natura di Partenariato con utilizzo di risorse private ma che, di fatto, rientra nella piena disponibilità e rischio per l'ente pubblico.

⁴ Eurostat, determinazione in data 11 febbraio 2004 sui partenariati – pubblico privati.

Per **rischio di costruzione** si intende: oltre a quello che di regola sopporta l'appaltatore/concessionario in ordine al rispetto dei tempi, dei costi e della qualità pattuiti, anche il fatto che l'esecutore venga pagato subordinatamente alla reale ed effettiva realizzazione dell'opera.

Per **rischio di domanda** si intende il tipico rischio riferito all'utilizzo dell'opera (o del servizio connesso) da parte dell'utenza finale.

Per **rischio di disponibilità**, infine, si intende il fatto che il realizzatore deve mettere a disposizione degli utilizzatori finali l'infrastruttura e il committente corrisponderà un canone destinato a remunerare, oltre alla disponibilità del servizio, anche (in tutto o in parte) il costo di realizzazione dell'opera.

Se l'operazione non rispetta i criteri indicati sopra non può essere considerata quale Partenariato pubblico privato e dovendo essere inserita nel calcolo del disavanzo e del debito nazionale, analogamente deve essere qualificata come operazione di indebitamento dell'ente territoriale.

E proprio questo aspetto pone in luce che il *leasing immobiliare in costruendo* non può essere utilizzato per eludere vincoli o limiti che le regole di finanza pubblica pongano all'operato dell'ente locale.

Conseguentemente detto contratto non può essere utilizzato da enti che non possano ricorrere al debito sia per precedenti violazioni del patto di stabilità che per mancato rispetto dei parametri ex 204 TUEL.

L'assunzione dell'obbligo di pagamento del canone, ove non sussistano i requisiti indicati sopra per il riconoscimento di operazione di partenariato pubblico privato, rientra a pieno titolo nella nozione di indebitamento.

3) Considerazioni finali e di sintesi in merito all'utilizzo dello strumento del leasing immobiliare in costruendo da parte delle Amministrazioni pubbliche

In conclusione, la Sezione ritiene che:

- il leasing immobiliare in costruendo è il contratto con il quale un ente pubblico demanda ad un soggetto terzo la costruzione l'ampliamento od il completamento di un'opera pubblica e, contestualmente, procede alla sua locazione finanziaria per un determinato periodo ad un canone prefissato, riservandosi, al termine del periodo contrattuale, l'opzione di acquisto definitivo del bene, ad un prezzo prefissato;
- la disciplina contenuta negli artt. 3, co. 15 bis e 160 bis del d. lgs. 13 aprile 2006, n. 163 riguarda unicamente ed esclusivamente le modalità contrattuali che debbono essere seguite dagli enti pubblici che intendono avvalersi di questo strumento per la realizzazione di un'opera pubblica e non esaurisce gli obblighi e le verifiche che, in concreto, devono compiere le Amministrazioni prima di ricorrere al leasing immobiliare in costruendo;
- la natura, la struttura e la tipologia del contratto di locazione finanziaria concluso dagli enti pubblici è la medesima di quello concluso dagli altri soggetti che operano all'interno dell'ordinamento, fatte salve le modalità procedurali contenute nei citati artt. 3, co. 15 bis e 160 bis del Codice dei contratti pubblici e l'osservanza dei vincoli di finanza pubblica;
- caratteristica essenziale e strutturale del contratto di leasing è la possibilità concessa al locatario – nel caso di specie, l'Amministrazione pubblica – di avere un diritto di opzione, esercitabile al termine della locazione, che consente il riscatto e

l'acquisto a titolo definitivo del bene, ad un prezzo prefissato. Si tratta di un diritto e non di un obbligo di riscatto. L'assenza del diritto di opzione, così come clausole che, di fatto, comportino il riscatto obbligatorio fanno venire meno l'essenza stessa del contratto di *leasing immobiliare in costruendo*;

- il bene concesso in locazione finanziaria all'Amministrazione pubblica deve essere suscettibile di formare oggetto di proprietà privata poiché il locatore è proprietario del bene sino all'eventuale opzione di riscatto da parte di quest'ultima; in caso di mancato riscatto conserva, anche dopo il periodo di locazione, la proprietà del bene. Conseguentemente, non possono costituire oggetto del contratto beni rientranti nel demanio pubblico necessario ovvero facenti parte del patrimonio indisponibile delle Amministrazioni pubbliche, in quanto non commerciabili;
- l'area sulla quale deve essere realizzata l'opera pubblica mediante questo contratto, in linea di principio, non potrebbe essere di proprietà dell'ente pubblico ma deve essere acquisita dal locatario che è proprietario del bene a tutti gli effetti sino all'eventuale esercizio del diritto di opzione da parte dell'Amministrazione.

Tuttavia, potrebbe ammettersi la concessione di un diritto di superficie da parte dell'ente pubblico al soggetto che procederà alla realizzazione dell'opera pubblica nell'ambito del contratto di locazione finanziaria purchè il diritto reale sia concesso per un periodo considerevolmente più lungo di quello previsto per il contratto di locazione finanziaria, cosicchè nel momento in cui spira il termine del contratto di leasing il bene conservi un'apprezzabile valore di mercato che, al contrario verrebbe meno ove vi fosse coincidenza tra scadenza del contratto di locazione finanziaria e diritto di superficie. Infatti, in quest'ultimo caso, nel momento in cui cessa il diritto di superficie l'ente pubblico non solo riacquista la piena proprietà dell'area ma anche quella dell'opera realizzata sulla stessa, indipendentemente dall'esercizio del diritto di opzione e, addirittura, anche nel caso in cui non intendesse esercitare l'opzione;

- la scelta dello strumento da utilizzare per la costruzione di un'opera pubblica deve essere compiuta dall'ente pubblico interessato in concreto, valutando le diverse possibilità di realizzazione e finanziamento, in base ai parametri dell'efficienza, efficacia ed economicità che devono presiedere allo svolgimento dell'azione amministrativa.

Pertanto, la scelta di ricorrere al *leasing immobiliare in costruendo* può essere effettuata, unicamente ed esclusivamente, se più vantaggiosa sia dal punto di vista finanziario che economico, rispetto alle altre modalità in astratto utilizzabili, ivi compreso il ricorso ad indebitamento. A quest'ultimo riguardo, l'ente pubblico

deve valutare attentamente i costi del ricorso ad indebitamento rispetto a quelli inerenti il ricorso al leasing immobiliare e ove questi ultimi siano superiori l'ente, anche al fine di evitare un possibile danno, potrà adottare questo strumento contrattuale unicamente ove altri vantaggi, analiticamente e specificamente individuati, siano superiori ai maggiori costi, comportando un vantaggio complessivo per l'ente.

La valutazione deve essere compiuta non solo sulla base degli interessi che devono essere corrisposti per l'impegno finanziario del mutuante ovvero del finanziatore dell'opera, ma anche in relazione a tutti i costi, direttamente o indirettamente, collegati all'intervento, a seconda della modalità contrattuale prescelta;

- l'utilizzo del leasing immobiliare implica che, per il periodo contrattuale, l'ente vincoli e destini in via continuativa una parte delle risorse disponibili per pagare i canoni di locazione. Si tratta di un vincolo che, indipendentemente dalle modalità di contabilizzazione, è assimilabile al debito ove i rischi inerenti l'esecuzione dell'opera e quelli relativi alla sua gestione ricadano sull'Amministrazione. Analogamente, se l'opera è costruita su un terreno di proprietà dell'ente pubblico (anche per il tramite della dell'utilizzazione del diritto di superficie concesso al locatore per un periodo corrispondente a quello della durata della locazione finanziaria) o se il contratto prevede clausole che, di fatto, configurano un riscatto obbligato in capo all'Amministrazione l'ammontare dei canoni che annualmente l'ente deve pagare è assimilabile al debito ai fini della verifica dei parametri che in materia di debito gli enti pubblici sono tenuti ad osservare;
- lo strumento contrattuale del leasing immobiliare non può essere utilizzato per eludere vincoli di finanza pubblica che l'ente è tenuto ad osservare.

Ove non sia stato rispettato il patto di stabilità interno, nell'esercizio successivo il Comune o la Provincia non può finanziare investimenti ricorrendo all'indebitamento e, viste le caratteristiche del contratto come sopra delineate, non può ricorrere al leasing immobiliare in costruendo per addivenire alla realizzazione delle opere pubbliche.

Analogamente, ove l'ente per altre ragioni non possa ricorrere al debito per finanziare gli investimenti non può utilizzare, con finalità elusiva, il contratto in questione.

In conclusione, ove le parti concludano un contratto che non presenta le caratteristiche proprie del leasing immobiliare in costruendo, quali delineate sopra, si è in presenza di un contratto atipico nel quale l'aspetto di gran lunga prevalente

risulta quello del finanziamento dell'opera pubblica, fatto questo che deve essere valutato in relazione alle norme ed ai principi che regolano sia la realizzazione delle opere pubbliche che il rispetto dei vincoli di finanza pubblica.

Resta nella responsabilità degli amministratori dell'ente il compimento delle valutazioni richiamate sopra nell'ambito della decisione delle scelte di loro competenza.

4) La valutazione dell'operazione conclusa dal Comune di Gessate

A seguito delle acquisizioni istruttorie, la Sezione ha appurato che il Comune di Gessate ha concluso l'operazione di ampliamento del cimitero comunale mediante contratto di leasing immobiliare in costruendo nel corso dell'anno 2008.

La circostanza che l'ente abbia già concluso il contratto ed avviato l'operazione non esime la Sezione dall'analisi della stessa al fine di segnalare al Consiglio eventuali anomalie e criticità, così da poter adottare misure correttive, ove possibile, e, comunque tenere conto dei rilievi nell'ambito delle attività future dell'ente.

1) Con deliberazione del Consiglio comunale n. 28 del 20 giugno 2008, l'ente ha definito le linee di indirizzo per procedere al finanziamento dell'ampliamento del cimitero comunale mediante l'istituto del leasing immobiliare in costruendo.

Successivamente, la Giunta Comunale ha approvato il progetto esecutivo relativo ai lavori di costruzione dei nuovi loculi presso il cimitero comunale, per un importo dei lavori a base d'asta pari ad euro 860.000,00 oltre IVA (deliberazione n. 124, in data 28 luglio 2008).

Dopo l'approvazione del progetto esecutivo, in linea con il citato atto di indirizzo del Consiglio comunale, è stata avviata la procedura per appaltare i lavori mediante procedura aperta, con il ricorso al leasing immobiliare in costruendo, pubblicando un bando di gara sulla GUCE per la "Costruzione di nuovi loculi presso il Cimitero comunale" che prevedeva l'aggiudicazione in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il bando di gara ha ammesso alla procedura la partecipazione di raggruppamenti temporanei di imprese costituiti tra un soggetto costruttore, nel ruolo di capogruppo mandatario, ed un soggetto finanziatore, nel ruolo di mandante.

Inoltre, considerata la natura demaniale dell'area oggetto di intervento, il disciplinare di gara ha stabilito che il Comune *"si impegna a costituire atto di concessione di fare e mantenere al di sopra del suolo la costruzione di nuovi loculi (...). L'atto di concessione della durata di 25 anni è senza corrispettivo (...). Contestualmente alla stipula del contratto di leasing, l'Ente aggiudicante costituirà*

la predetta concessione in forma gratuita a favore della società di leasing mandante dell'ATI aggiudicataria. (...) Essa 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".

In esito alla procedura di gara, è risultata aggiudicataria un'Associazione temporanea costituita fra una società finanziaria ed un costruttore, con i quali l'ente, ha stipulato il contratto di locazione finanziaria, con contestuale concessione amministrativa gratuita di conferimento del diritto di superficie ai sensi dell'art. 952 cod. civ. sull'area demaniale oggetto di intervento, il contratto di mandato con rappresentanza da parte della società finanziaria in favore del Comune di Gessate affinché quest'ultimo potesse sottoscrivere il contratto di appalto di realizzazione dell'opera con il soggetto costruttore.

Dal complesso regolamento contrattuale si evince che:

- il bene oggetto del contratto di leasing di costruzione è l'ampliamento di un cimitero da realizzare su un suolo demaniale;
- il Comune ha concesso un diritto temporaneo di superficie sul suolo sul quale deve essere realizzato l'ampliamento del cimitero finalizzato alla realizzazione dell'opera;
- il Comune ha assunto i rischi inerenti la realizzazione dell'opera.

2) Richiamate le considerazioni svolte nella prima parte della presente delibera la Sezione rileva che

l'operazione conclusa dal Comune di Gessate desta perplessità sotto diversi profili.

2.1) Il contratto riguarda un'opera pubblica particolare -l'ampliamento di un cimitero- che non è suscettibile di proprietà privata realizzata su un bene demaniale, concesso in diritto di superficie per un periodo sostanzialmente coincidente con quello contrattuale.

Le differenze con la struttura contrattuale, così come delineate sopra sono evidenti.

2.2) La particolare natura dell'opera annulla di fatto l'esistenza del diritto potestativo di riscatto, dovendosi ritenere lo stesso nella sostanza, obbligato.

2.3) I documenti presentati dall'ente sembrano evidenziare che non è stata effettuata una ponderata valutazione in ordine alla convenienza economica e finanziaria dell'operazione che, a prima vista ed in base agli atti prodotti, sembra maggiormente onerosa rispetto all'utilizzo di ordinarie forme di indebitamento che, considerata la natura necessaria del riscatto, sarebbero risultate preferibili.

P.Q.M.

La Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Regione Lombardia, **segnala** al Consiglio comunale di Gessate che l'operazione di leasing immobiliare in costruendo relativa all'ampliamento del Cimitero comunale, conclusa dall'ente presenta i profili di criticità messi in luce nella motivazione;

invita il Consiglio comunale ad adottare ove possibile misure correttive, a dare comunicazione degli eventuali provvedimenti adottati a questa Sezione, entro trenta giorni dalla notifica della presente delibera, e, comunque, a tenere conto dei rilievi formulati sopra in relazione alla futura attività amministrativa e contrattuale dell'ente.

Dispone che la presente deliberazione sia trasmessa al Presidente del Consiglio comunale, al Sindaco ed al Presidente del Collegio dei Revisori dei Conti del Comune di Gessate.

Il Relatore
Giancarlo Astegiano

Il Presidente
Nicola Mastropasqua

Depositata in Segreteria in data
21 dicembre 2009
Il Direttore della segreteria
dott.ssa Daniela Parisini