



# **CORTE DEI CONTI**

---

## **SEZIONE DELLE AUTONOMIE**

**Questione di massima in ordine alla qualificazione, come indebitamento, del contratto di partenariato pubblico-privato, disciplinato dagli articoli 3, comma 1, lett. eee), 180 e 187 del d.lgs. n. 50/2016**

***Deliberazione n. 15/SEZAUT/2017/QMIG***



# *Corte dei Conti*

## *Sezione delle autonomie*

N. 15/SEZAUT/2017/QMIG

Adunanza del 13 giugno 2017

Presieduta dal Presidente di sezione

Adolfo Teobaldo DE GIROLAMO

Composta dai magistrati:

Presidenti di sezione	Carlo CHIAPPINELLI, Simonetta ROSA, Diodoro VALENTE, Agostino CHIAPPINIELLO, Francesco PETRONIO, Fulvio Maria LONGAVITA, Antonio CARUSO, Giovanni COPPOLA
Consiglieri	Lucilla VALENTE, Marta TONOLO, Alfredo GRASSELLI, Rinieri FERONE, Francesco UCCELLO, Adelisa CORSETTI, Elena BRANDOLINI, Stefania PETRUCCI, Dario PROVVIDERA, Mario ALÌ, Paolo ROMANO, Mario GUARANY, Simonetta BIONDO
Primi Referendari	Valeria FRANCHI, Giampiero PIZZICONI
Referendari	Vanessa PINTO, Alessandro VERRICO

Visto l'art. 100, secondo comma, della Costituzione;

Vista la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3;

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

Visto l'art. 3 della legge 14 gennaio 1994, n. 20;

Visto l'art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131, recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3;

Visto il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, approvato dalle Sezioni riunite con la deliberazione n. 14 del 16 giugno 2000 e le successive modifiche ed integrazioni;

Visto l'art. 6, comma 4, del d.l. 10 ottobre 2012, n. 174, convertito, con modificazioni, in legge 7 dicembre 2012, n. 213 e le successive modifiche ed integrazioni;

Vista la deliberazione n. 36/2017/QMIG con la quale la Sezione di regionale di controllo per la Lombardia, in riferimento alla richiesta di parere presentata dal Comune di Orio al Serio (BG), ha rimesso al Presidente della Corte dei conti, ai sensi dell'art. 6, comma 4, del d.l. n. 174/2012, una questione di massima in ordine alla qualificazione, come indebitamento, del contratto di partenariato pubblico-privato, disciplinato dagli articoli 3, comma 1, lett. eee), 180 e 187 del d.lgs. n. 50/2016, a prescindere dalla verifica, in concreto, della prevalente allocazione dei rischi in capo alla pubblica amministrazione locataria;

Vista l'ordinanza del Presidente della Corte dei conti n. 9 del 13 aprile 2017 con la quale, valutata l'insussistenza dei presupposti per il deferimento alle Sezioni riunite, l'anzidetta questione è stata rimessa alla Sezione delle autonomie;

Vista la nota n. 1234 del 7 giugno 2017, con la quale il Presidente della Corte dei conti ha convocato la Sezione delle autonomie per l'adunanza odierna;

Uditi i relatori Consiglieri Alfredo Grasselli e Rinieri Ferone;

## **PREMESSO**

La questione origina dal quesito posto da un Comune alla Sezione regionale di controllo per la Lombardia in ordine all'intenzione di realizzare una palestra e, a tal fine, di indire apposito bando di gara per individuare un operatore economico che si occupi della progettazione esecutiva e della realizzazione, nonché della manutenzione. In particolare si chiede:

- 1) l'ammissibilità, ai sensi dell'art. 180, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, di 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;
- 2) la possibilità di qualificare tale operazione come "*leasing operativo*", e come tale contabilizzarla nelle scritture contabili dell'amministrazione.

La Sezione remittente, analizzando il quesito, ha ritenuto sussistessero motivi per portarlo all'attenzione in sede nomofilattica. In particolare, detta Sezione ha rilevato in un apparente contrasto normativo 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).

Con un'ampia esposizione dei precedenti normativi e dell'evoluzione giurisprudenziale in materia, tra cui una recente deliberazione della Sezione delle autonomie (n. 26/2016/QMIG), si pone in evidenza come il d.lgs. n. 126 del 2014, nel dettare le disposizioni correttive ed integrative del d.lgs. n. 118 del

2011, ha aggiunto, all'elenco delle operazioni qualificate come "indebitamento" dall'art. 3, comma 17, della legge n. 350 del 2003, anche quelle di "leasing finanziario stipulate dal 1° ennaio 2015". Il punto 3.25 del Principio contabile applicato concernente la contabilità finanziaria (Allegato 4/2 al d.lgs. n. 118 del 2001) è stato in pari tempo modificato in questi termini: «a) il leasing finanziario e i contratti assimilati (leasing immobiliare, leasing in costruendo, sale and lease-back, ecc.) sono contratti di finanziamento; b) ai sensi di quanto previsto dall'art. 3, comma 17, della legge n. 350 del 2003, le operazioni di leasing finanziario costituiscono indebitamento; c) per il principio della prevalenza della sostanza sulla forma, come previsto dal SEC 95, dallo IAS 17 e dalla giurisprudenza consolidata, il leasing finanziario ed i contratti assimilati costituiscono debito che finanzia l'investimento; d) il leasing finanziario e le operazioni assimilate, sono registrate con le medesime scritture utilizzate per gli investimenti finanziati da debito, secondo il c.d. metodo finanziario al fine di rilevare sostanzialmente che l'ente si sta indebitando per acquisire un bene». A questa indicazione si è adeguata anche la Sezione delle autonomie che, con la citata deliberazione 26/2016, ha ritenuto che un'operazione di leasing finanziario in costruendo, se stipulata dopo il 1° febbraio 2015, sia sempre assimilata all'assunzione di un debito, e, come tale, vada contabilizzata.

Per le operazioni anteriori a tale data, invece, resta valido il criterio dettato dalle Sezioni riunite di questa Corte (del. n. 49/CONTR/2011), circa la valutazione caso per caso della sussistenza in concreto degli elementi in presenza dei quali un'operazione di leasing può essere definita indebitamento.

In sintesi, secondo la Sezione remittente, l'elencazione esemplificativa riportata nel predetto principio contabile apparirebbe priva di adeguata motivazione, e porterebbe a risultati distorsivi per l'attività di realizzazione di opere pubbliche da parte di regioni ed enti locali, che devono, sempre e comunque, qualificare come debito i flussi finanziari derivanti da un contratto di *leasing immobiliare in costruendo*, in difformità - secondo la prospettazione fornita - a quanto disposto dal SEC 2010 e dall'art. 3, comma 1, lett. eee), del d.lgs. n. 50 del 2016, che fa rinvio alle decisioni Eurostat.

In conclusione, viene sottoposto al vaglio della Sezione delle autonomie il seguente quesito:

*“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”.*

## CONSIDERATO

1. Preliminarmente la questione sottoposta al vaglio della Sezione sollecita una riflessione sul valore e sulla portata dei Principi contabili allegati al d.lgs. n. 118/2011, nonché sui limiti della competenza della Corte dei conti nella valutazione di detti principi.

Il d.lgs. 118/2011, nella vigente versione, integrato e modificato con il d.lgs. 126/2014, è formato da un articolato di norme e da vari allegati, tra i quali i Principi contabili, gli schemi di bilancio,

il piano dei conti integrato.

L'articolato può essere modificato solo da successivi interventi del legislatore, mentre i principi contabili applicati possono essere aggiornati ed integrati con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro dell'interno e la Presidenza del consiglio dei ministri, su proposta di un'apposita commissione istituita dall'art. 3-bis del menzionato decreto legislativo. Con la stessa procedura possono essere aggiornati il piano dei conti integrato e gli schemi di bilancio (art. 4, comma 7-ter, e art. 11, comma 11).

Pur se cedevoli rispetto alla fonte di rango primario, i principi contabili restano un parametro normativo dal quale non è possibile discostarsi. Le Sezioni di controllo della Corte devono dunque assumere detti principi come parametro di valutazione al pari di qualsiasi altra norma.

Nel caso si ritenesse l'emergenza di qualche distonia normativa, la questione va sottoposta alla Sezione delle autonomie cui è intestata dall'art. 6, comma 4, d.l. n. 174/2012 la funzione nomofilattica, come correttamente è avvenuto nel caso in esame.

Ciò anche al fine di verificare la sussistenza di un percorso interpretativo che consenta di ritenere la correttezza e la coerenza delle varie disposizioni che vengano in gioco nella fattispecie esaminata, anche in una prospettiva costituzionalmente orientata.

**2.** Per una adeguata ricostruzione del contesto vanno esaminati diversi profili:

a) come debba intendersi la figura negoziale del *leasing* nella prospettiva della finanza pubblica;

b) quale sia l'ampiezza del concetto di "contratto di partenariato pubblico privato" e come le definizioni del codice degli appalti vigente si pongano in relazione al SEC 2010;

c) quale sia la correlazione tra la disciplina dei contratti di partenariato pubblico privato e la definizione delle fonti di indebitamento ai sensi dell'art. 3, comma 17, della l. n. 350/2003;

d) infine, se – chiariti i precedenti aspetti – l'esplicitazione del *leasing* finanziario di cui al punto 3.25 del principio contabile all. 4/2 al d.lgs. n.118/2011 sia coerente con il quadro complessivo della materia.

**3.** Quanto al primo profilo, sotto il termine *leasing* si comprendono una quantità di operazioni negoziali nate dalla prassi commerciale che non trovano una definizione tipizzata in puntuali previsioni di legge.

Vero è che, con riferimento al *leasing* finanziario, le SS.RR. della Corte, con la cennata deliberazione n. 49/2011, ne hanno riconosciuto una sorta di tipicità, ma questa deve essere intesa come "tipicità sociale", correlata al riconoscimento di un ripetuto uso nella prassi di un determinato schema negoziale, che, anche se richiamato in talune norme, non corrisponde a "tipi legali".

Il *leasing* viene ulteriormente qualificato in relazione agli elementi che più frequentemente lo caratterizzano individuandosi, così, nella pratica commerciale, diverse tipologie.

In particolare, a livello giurisprudenziale e normativo, è stata elaborata una *summa divisio* tra il

*leasing* “finanziario” e quello “operativo”.

Secondo la Corte di Cassazione, richiamata anche al punto 3.25 del Principio contabile in esame, l'elemento caratterizzante del *leasing* finanziario è dato dall'effetto traslativo della proprietà al termine dall'operazione. Ne consegue che la disponibilità del bene correlata ad un canone periodico pagato dall'amministrazione corrisponde ad una forma di finanziamento e quindi, è annoverabile tra le forme di indebitamento. Nel *leasing* operativo, invece, si riscontra solo il godimento di un bene.

I principi contabili internazionali, per quanto riguarda il profilo della traslazione della proprietà del bene, fanno riferimento agli aspetti sostanziali e non formali dell'operazione: così deve essere registrato come acquisito nel proprio patrimonio il bene di cui si ha immediata disponibilità anche se non si è ancora formato il titolo giuridico, o se la durata dell'operazione copre interamente la vita economica del bene, o la maggior parte della vita residua.

Peraltro, un punto essenziale da sottolineare è che anche le definizioni di *leasing* “finanziario” ed “operativo” non individuano univocamente delle fattispecie tipizzate, ma a loro volta raccolgono una variegata gamma di operazioni che con caratterizzazioni diverse, a seconda che prevalga il profilo traslativo o quello di godimento, possono essere ricondotte all'una o all'altra categoria.

In pratica si è in presenza di operazioni complesse, nelle quali più rapporti negoziali diversi, aventi in origine ognuno una propria causa, sono fusi in un nuovo negozio, rispetto al quale non è agevole individuare la causa che gli è propria.

Si tratta, insomma, di operazioni in ingegneria giuridico-finanziaria spesso di difficile qualificazione, in quanto sovente creano una sorta di “schermo” che, in taluni casi, può essere utilizzato per nascondere quella che è l'effettiva causa sottostante, così da perseguire anche intenti elusivi di norme di vario genere (ad esempio in materia tributaria), se non una causa illecita (ad esempio l'aggiramento del divieto di patto commissorio), come testimonia la giurisprudenza della Corte di Cassazione.

In prima battuta, quindi, non appare incongruo che sotto l'espressione *leasing* “finanziario” siano ricompresi contratti che nell'uso sono conosciuti con altra definizione, quali il *leasing immobiliare*, *leasing in costruendo*, *sale and lease-back*, ecc., che non costituiscono un *numerus clausus*, ma solo un'esemplificazione di una tipologia di rapporti che può essere ulteriormente arricchita dalle “invenzioni” della prassi commerciale, ma che restano accomunati dalle caratteristiche dell'archetipo di cui costituiscono un'evoluzione.

4. Per i profili che qui interessano, le Sezioni regionali di controllo in più di un caso si sono espresse circa la configurabilità delle operazioni di *leasing* esaminate come fonte di indebitamento, e come tali da considerare nella contabilizzazione e nella determinazione del limite di indebitamento. A queste conclusioni si è giunti anche applicando i criteri esplicitati da Eurostat, l'Ufficio Statistico dell'Unione Europea, che pone l'accento sul soggetto in cui incombono i rischi dell'operazione al fine di qualificare la stessa come indebitamento o meno. Con la decisione 11 febbraio 2004 Eurostat, nel dettare una serie di criteri per il trattamento nei conti economici nazionali di

specifiche tipologie di Partenariato Pubblico Privato (PPP), ai fini della omogeneizzazione e comparabilità di detti conti, ha precisato anche i casi in cui i beni oggetto di contratti PPP non devono essere registrati ai fini del calcolo dell'indebitamento netto e del debito. Ciò è possibile solo quando ci sia un sostanziale trasferimento dei rischi dell'operazione in capo al contraente privato, e cioè quando quest'ultimo si assuma il rischio della costruzione e almeno uno tra il rischio di disponibilità e il rischio di domanda.

Le SS.RR. di questa Corte, con deliberazione n. 49/CONTR/2011, hanno ritenuto, tra l'altro, che:

- l'art. 3, comma 17, l. n. 350/2003, prima della modifica introdotta con l'art. 75 del d.lgs. 118/2011, con l'espressione "assunzione di mutui", volesse ricomprendere le diverse fattispecie nelle quali si fa ricorso a finanziamenti e quindi anche lo schema di contratto misto cui è riferibile il *leasing immobiliare in costruendo*;

- i canoni possono essere considerati come spesa di investimento, laddove sia prevista la facoltà di riscatto;

- poiché il *leasing immobiliare in costruendo* è una modalità di realizzazione di infrastrutture pubbliche secondo schemi di partenariato pubblico-privato l'amministrazione è tenuta a verificare la sussistenza, oltre che delle condizioni formali e sostanziali per l'accesso al *leasing*, anche di tali criteri. Ciò al fine di stabilire i connotati dell'operazione e valutarne la complessiva convenienza. La finalità dei criteri dettati da Eurostat è comunque quella di evidenziare le componenti dell'indebitamento della pubblica amministrazione. In tal modo, peraltro, è anche possibile trarre elementi per porre in essere i test di convenienza tecnico-economica e scongiurare eventuali elusioni dei vincoli di finanza pubblica; infatti prima di ricorrere al *leasing immobiliare in costruendo* l'ente deve effettuare approfondite valutazioni in termini di analisi costi-benefici.

Successivamente, con il menzionato art. 75 del d.lgs. n. 118/2011, introdotto con il d.lgs. n. 126/2014, il *leasing* finanziario è stato inserito *tout court* tra le fonti di indebitamento. Come espressamente chiarito nella relazione illustrativa al d.lgs. 126/2014 "L'articolo 75, adegua la disciplina dell'indebitamento, prevista per gli enti territoriali dall'articolo 3 della legge 24 dicembre 2003, n. 350, alle norme europee, con particolare riferimento alle disposizioni riguardanti il *leasing* finanziario, le cartolarizzazioni e l'escussione delle garanzie."

Il principio contabile in discorso si è adeguato alla nuova formulazione delle disposizioni in materia di indebitamento, nei termini sopra riportati, allineandosi, per quanto riguarda il profilo dei "contratti assimilati", alle risultanze della giurisprudenza civile e giuscontabile.

Va inoltre sottolineato che per aversi rispetto del principio deve considerarsi la natura effettiva dell'operazione, di talché anche in caso di formale qualificazione di *leasing* operativo, detta operazione deve registrarsi come finanziario se ne abbia i caratteri sostanziali (in questo senso cfr. anche circ. Mef/RGS n. 5 del 10/02/2016, cap. H1, pag. 34: "Costituisce, altresì, operazione di indebitamento il *leasing* finanziario, quando il contratto, anche se definito "di *leasing* operativo", stipulato successivamente al 1° gennaio 2015, prevede la facoltà di riscattare il bene").

5. Si è già detto dei criteri in base ai quali - secondo la decisione Eurostat 11 febbraio 2004 - un'operazione non deve essere contabilizzata come indebitamento. Il *Regolamento (UE) n.*

549/2013 del parlamento europeo e del consiglio del 21 maggio 2013 si occupa in numerosi punti del leasing, delle sue definizioni e delle modalità di contabilizzazione. Nell'allegato "A", cap. 3, punto 3.81, si dà una chiara definizione del leasing finanziario distinguendolo da quello operativo:

*"3.81 La produzione dei servizi di leasing operativo, quali il noleggio di macchine o attrezzature, è misurata sulla base del valore del canone di locazione corrisposto. Il leasing operativo è differente dal leasing finanziario, il quale si configura come un finanziamento dell'acquisto di beni attraverso la concessione di un prestito dal locatore al locatario. Nel caso del leasing finanziario i canoni periodici sono costituiti da una quota di rimborso di capitale e da una quota di interessi, con un piccolo compenso per i servizi diretti prestati (cfr. il capitolo 15: «Contratti, locazioni e licenze»)».*

Al punto 3.111 viene precisato che *"la spesa per beni acquistati nell'ambito di operazioni di vendita rateale o simili, nonché di leasing finanziario, è registrata nel momento in cui i beni sono consegnati anche se non coincide con il momento del trasferimento della proprietà"*. Tale modalità di registrazione è confermata al punto 3.134, in deroga alla regola della registrazione al momento del passaggio di proprietà.

La qualificazione del leasing finanziario come finanziamento è ribadita nel cap. 4, punto 4.48: *"4.48 Il leasing finanziario è un metodo di finanziamento dell'acquisto, ad esempio, di impianti e macchinari. Il locatore acquista un determinato bene e il locatario si impegna a corrispondergli un certo numero di canoni periodici onde consentirgli di coprire, nel periodo del contratto, i suoi costi, compresi gli interessi sul capitale utilizzato per l'acquisto del bene. Si considera che il locatore conceda al locatario un prestito di importo pari al valore del prezzo di acquisto pagato per i beni e che l'intero prestito venga rimborsato nel periodo di durata del contratto. Il canone corrisposto ad ogni scadenza dal locatario è pertanto considerato come costituito da due elementi: una quota di rimborso del capitale e una quota di interessi. Il tasso di interesse sul prestito figurativo è determinato sulla base del rapporto tra l'ammontare dei canoni periodici corrisposti per tutta la durata del contratto e il prezzo di acquisto del bene. La quota del canone relativa agli interessi diminuisce gradatamente man mano che il capitale viene rimborsato. Il prestito iniziale del locatario e i successivi rimborsi del capitale sono registrati nei conti finanziari del locatario e del locatore. Gli interessi corrisposti sono registrati nel conto della distribuzione primaria del reddito"*.

Nel capitolo 5 dell'all. "A" al Regolamento in discorso, nell'ambito del trattamento delle operazioni finanziarie, si trova un'ulteriore definizione, in cui, a fianco del profilo del finanziamento, si evidenzia anche la rilevanza del soggetto in capo al quale restano i rischi dell'operazione:

*"5.134 Definizione: un contratto di leasing finanziario è un contratto mediante il quale il locatore, in qualità di proprietario giuridico di un'attività, trasferisce al locatario i rischi e i benefici derivanti dalla proprietà dell'attività. In un contratto di leasing finanziario si considera che il locatore conceda al locatario un prestito con il quale quest'ultimo acquisisce l'attività. Una volta eseguita l'operazione, il bene figura nel bilancio del locatario e non del locatore; il relativo prestito figura come un'attività del locatore e una passività del locatario.*

*5.135 I contratti di leasing finanziario si differenziano dagli altri contratti di leasing per il fatto che i*



*rischi e i benefici della proprietà sono trasferiti dal proprietario giuridico del bene all'utilizzatore di tale bene. Altre forme di leasing sono i) il leasing operativo, ii) il leasing di risorse. I contratti, le locazioni e le licenze definiti nel capitolo 15 possono essere considerati come leasing”.*

Nel cap. 15, punto 15.04, si chiarisce ulteriormente che nel caso del *leasing* operativo e del *leasing* di risorse non vi è alcun trasferimento della proprietà economica e il proprietario giuridico, continua a essere il proprietario economico. Nel caso del *leasing* finanziario si ha un trasferimento della proprietà economica e il proprietario giuridico dell'attività non ne è considerato il proprietario economico; il *leasing* finanziario può riguardare tutte le attività non finanziarie, comprese, in alcuni casi, le risorse naturali. Con riferimento alla distinzione tra proprietà economica e proprietà giuridica va precisato che nell'ipotesi in cui l'operazione abbia una durata pari alla vita economica del bene, o ne copra la maggior parte, anche se non è trasferimento giuridico essa va trattata come avente effetto sostanzialmente traslativo.

Per contro (punto 15.08) in un contratto di *leasing* operativo il proprietario giuridico è anche il proprietario economico, accetta i rischi operativi e acquisisce i benefici economici del bene consentendone, contro pagamento, il suo uso ad altri nell'ambito di un'attività produttiva.

In conclusione, secondo il SEC 2010 assunzione dei rischi e trasferimento della proprietà economica sono due prospettive di lettura di fenomeni negoziali qualificabili come *leasing* finanziario.

6. Un ulteriore profilo da analizzare è quello dell'eventuale interferenza del codice dei contratti (d.lgs. n. 50/2016, come modificato dal d.lgs. n. 56/2017) con la nozione di indebitamento. In altri termini si tratta di vedere se la qualificazione di contratto di partenariato pubblico privato (PPP) possa escludere che un rapporto negoziale possa essere definito come fonte di debito ai sensi dell'art. 3, comma 17, della l. 350/2003.

Sul punto si rileva una situazione di incertezza normativa, in quanto manca un espresso coordinamento tra le due norme, che invece sarebbe stato opportuno, attesa la complessità della materia.

Nella definizione di contratto di partenariato pubblico privato di cui all'art. 3, co.1, lettera eee), del codice dei contratti, l'assunzione del rischio sembrerebbe essere a carico del solo operatore economico privato, quale elemento caratterizzante di questa tipologia dei contratti. Peraltro il richiamo all'applicabilità delle decisioni Eurostat, con l'inciso aggiunto dal decreto legislativo correttivo “per i soli profili di tutela della finanza pubblica”, non esclude che operazioni concluse sotto la definizione di PPP non possano essere qualificate come indebitamento e sia necessario, quindi, operare una valutazione dei contenuti reali del contratto. Il richiamato inciso, infatti, per un verso delimita l'ambito di applicabilità delle decisioni Eurostat, restando fermo che la disciplina contrattuale di riferimento è sempre quella del codice. D'altro canto, i profili di tutela della finanza pubblica devono essere ricondotti alla salvaguardia degli equilibri di bilancio secondi i dettami degli artt. 81 e 97 Cost., con riguardo alla sostenibilità della spesa per l'indebitamento e del rispetto del principio della copertura delle spese. Ciò implica un margine di apprezzamento sulla portata sostanziale e sugli effetti dei contratti in discorso, indipendentemente dalla formale

qualificazione come PPP.

D'altro canto l'art. 180 dello stesso decreto, nel dettare i contenuti dei contratti in questione, all'ultimo comma dà un'ampissima estensione ai contratti di PPP: “*Nella tipologia dei contratti di cui al comma 1 rientrano 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*”. Conseguentemente, attesa l'atipicità dei contratti riferibili alle variegate ipotesi che in concreto declinano l'ampio *genus* del leasing finanziario (v. sopra par. 3), ben potrebbero individuarsi situazioni riconducibili all'ipotesi di cui all'art. 3, comma 17, l. n. 350/2003.

In sostanza, con quest'ultima disposizione, sulla scorta delle indicazioni comunitarie ma anche dei casi in concreto individuati dalla giurisprudenza e sull'osservazione di ciò che per la maggior parte delle volte accade, il legislatore ha “sgravato” gli operatori dell'onere di verificare se un negozio complesso riconducibile allo schema del *leasing* finanziario nelle sue varie manifestazioni, sia o meno fonte di indebitamento a fini di investimento, presumendolo tale per legge. Il punto 3.25 del principio contabile in esame si richiama alla causa di finanziamento e agli effetti traslativi del negozio, secondo un certo orientamento giurisprudenziale. Di fatto, come evidenziato sopra (v. punto 5) anche nel Reg. SEC 2010 questi aspetti sono posti in rilievo, unitamente al profilo dei rischi. Inoltre è ben presente anche il fatto che dietro i contratti di PPP si possano celare debiti non registrati come tali in bilancio (v., ad es., punto 20 dei “considerando” preliminari del Regolamento, dove si fa un richiamo al problema dei debiti impliciti di PPP) e, operativamente, per le registrazioni contabili dei PPP per taluni aspetti si suggeriscono modalità tipiche dei leasing (v. All. “A” cap. 20, punto 20.289; cfr. anche All. A, cap. 20, punto 20.131).

Insomma, anche a livello comunitario è noto che vi siano aree di sovrapposizione, o, comunque, “grigie”, tra le diverse fattispecie (a tal proposito cfr. anche la circolare MEF-RGS n. 17 del 3.4.2017, nella quale a pag. 31 si prospetta l'eventualità che anche i contratti di *project financing* – disciplinati dall'art. 183 del codice dei contratti – possano essere fonte di indebitamento).

7. Il d.lgs. 50/2016, richiamando sia pure in modo generico le decisioni Eurostat per i profili di finanza pubblica, caratterizza il contratto PPP avuto riguardo all'assunzione dei principali rischi da parte dell'operatore economico privato. Conseguentemente, se un contratto presenta i profili sopra descritti circa il finanziamento e l'acquisizione della proprietà dell'opera da parte del soggetto pubblico ma è l'operatore privato che si assume i rischi dell'operazione, il contratto non dovrebbe essere contabilizzato come debito dalla parte pubblica.

Come rendere coerente questa situazione con quanto prescritto dall'art. 3, comma 17, l. 350/2003 circa il *leasing* finanziario?

Fermo restando che sarebbe auspicabile un intervento chiarificatore a livello di legge, apparendo il contrasto – più che con il principio contabile – tra norme di rango primario, e non potendosi ammettere che nell'ordinamento vi siano vuoti o incoerenze, allo stato può risolversi la questione ricorrendo al regime delle “presunzioni”.

In breve, con l'art. 75 del d.lgs. 118/2011 si è introdotta una presunzione legale circa la qualificazione del *leasing* finanziario come fonte di indebitamento. Tale presunzione, in primo tempo assoluta (*iuris et de iure*), con il d.lgs. 50/2016, come modificato dal d.lgs. 57/2017, deve ritenersi avere carattere relativo (*iuris tantum*). In altre parole, il contratto che sia riconducibile allo schema del *leasing* finanziario in una delle sue variegate declinazioni si ritiene costituisca indebitamento, salvo che l'amministrazione, previa valutazione della convenienza ed economicità dell'operazione, non dimostri rigorosamente che i rischi siano allocati in capo al contraente privato, coerentemente con le indicazioni comunitarie. Ciò dovrà risultare sia negli atti preparatori del contratto, sia in modo chiaro e puntuale nel contratto redatto ai sensi dell'art. 180 del codice. Non è sufficiente, insomma, che un contratto venga nominalmente qualificato come contratto di partenariato pubblico privato, né che vi siano clausole di mero stile ma prive di chiaro contenuto esplicativo dei rischi e della loro allocazione tra le parti per escluderne l'annoverazione tra le fonti di indebitamento, con quello che ne consegue 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.

**8.** Come emerge dall'ampia illustrazione che precede e dalla relazione della Sezione remittente, punto di rilevanza essenziale della questione qui affrontata risiede nella comprensione delle possibili valutazioni che l'elaborazione giurisprudenziale, prima, e la normativa, comunitaria ed interna, poi, hanno fatto sulla qualificazione giuridica degli effetti del contratto di *leasing* finanziario.

In sostanza, in assenza di una tipizzazione della fattispecie, l'aspetto qualificante veniva individuato nella consistenza della posizione debitoria che l'ente assumeva nel rapporto negoziale. Un negozio dalla cui regolazione pattizia potevano prodursi solo effetti obbligatori minimi (pagamento dei canoni) oppure effetti obbligatori ulteriori ed effetti reali (rischi legati all'esecuzione del contratto ed esercizio dell'opzione di riscatto del bene). Una consistenza da valutare, per i profili di rilevanza giuscontabilistica, alla stregua delle regole che classificano le spese di funzionamento rispetto a quelle di investimento, per gli aspetti rilevanti secondo le norme del diritto comune, misurando l'ampiezza della posizione debitoria. Valutazioni che, naturalmente, sono funzionalmente correlate.

Partendo dal concetto che il debito rappresenta la situazione giuridica soggettiva di svantaggio che espone il patrimonio del debitore inadempiente all'eventuale aggressione del creditore, nel contratto tradizionalmente denominato di locazione finanziaria, la misura di tale esposizione, rilevabile dal sinallagma contrattuale, poteva essere misurata e limitata alla sola inadempienza del canone oppure estendersi alla realizzazione di tutti gli effetti obbligatori dedotti nel contratto, ivi compreso l'immotivato mancato esercizio del diritto di opzione.

Tradizionalmente ed in mancanza di una chiara regolazione delle pattuizioni idonee a misurare correttamente la responsabilità patrimoniale dell'ente parte del contratto, la giurisprudenza della Suprema Corte, richiamata nella relazione della Sezione remittente, ha ritenuto fatti qualificanti

la fattispecie e costitutivi di un indebitamento riferito non solamente alla obbligazione del canone di locazione finanziaria, l'accollo dei rischi secondo i criteri illustrati nella ripetuta relazione. Sul piano di rilevanza giuscontabilistica una tale estensione delle obbligazioni nascenti dal contratto di leasing facevano presumere l'esistenza di un *leasing* finanziario e non solo operativo, secondo la puntuale illustrazione della sezione remittente alla quale si rinvia.

In sostanza nel *leasing* finanziario è stata privilegiata una presunzione di indebitamento legata al momento genetico del contratto e ciò per superare le incertezze che, invece, si legavano al momento funzionale del sinallagma contrattuale ed anche in applicazione del principio della prudenza al quale informare l'attività amministrativa, e a salvaguardia del principio dell'equilibrio di bilancio su cui incide la sostenibilità del debito. L'art. 3, comma 17 della legge 350/2003 (legge finanziaria 2004) nel contesto di una serie di misure di contenimento della spesa pubblica, ha codificato tale presunzione con riferimento alle operazioni di *leasing* stipulate dal 1° gennaio 2015.

In questo quadro di riferimento che, va precisato, conserva la sua efficacia regolativa, si inseriscono le novità introdotte dal codice dei contratti nella materia del partenariato pubblico privato che concorrono alla definizione del sistema normativo che regola la materia, intervenendo su due profili fondamentali : con l'individuazione della causa tipica del contratto di partenariato (art. 3, comma 1, lett. eee); con la fissazione della regolamentazione negoziale tipica del contratto di partenariato (art. 180).

La prima considerazione che discende dall'esame della nuova disciplina è che lo scopo del finanziamento non ha valore esclusivo ai fini della qualificazione dei contratti di partenariato e non esaurisce la categoria negoziale. Ciò consente di superare la riconducibilità *tout court* alla tipologia dei contratti di finanziamento e, dunque, dell'insorgenza di una situazione di indebitamento per l'ente pubblico, da qualunque accordo negoziale nel quale la parte privata impiega capitale di rischio, evenienza che, invece, va verificata in base all'analisi delle pattuizioni concrete dalle quali dipende la qualificazione del contratto.

In questa operazione di qualificazione soccorrono le norme richiamate.

La prima, art. 3, comma 1, lett. eee) definisce la causa tipica del contratto di partenariato individuandolo nell'accordo tra stazione appaltante e operatore economico, per un periodo limitato e commisurato alla durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, per effetto del quale l'amministrazione conferisce attività cui essa sarebbe tenuta per conseguire i propri fini istituzionali, in cambio di utilità economiche per l'operatore privato con assunzione dei rischi in capo all'operatore medesimo. Emerge il peculiare profilo della strumentalità della funzione associativa temporanea per la realizzazione dei fini dell'ente. In tale strumentalità la legge non pone altre limitazioni se non la tipicità dell'attività e cioè: realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera, da una parte, dall'altra, la natura della controprestazione, vale a dire garantire all'operatore economico, a seconda della consistenza dell'opera, la disponibilità, lo sfruttamento economico, o la fornitura di un servizio remunerato dall'esterno connesso all'utilizzo dell'opera stessa. In questa costruzione

tipica del genere del contratto di partenariato, il finanziamento costituisce solo una componente dell'accordo negoziale e cioè la misura dell'investimento fatto dall'operatore economico, il cui recupero in termini di utilità, nel programma associativo rappresenta obiettivo strategico legato anche alle necessità dell'economicità dell'azienda che conduce. L'assunzione dei rischi a suo carico, "secondo modalità individuate nel contratto", si legano all'essenza dell'operazione di investimento come ogni altra operazione della stessa natura. D'altra parte nella struttura del contratto assume particolare valore l'aspetto dell'equilibrio economico come definito dall'art. 3, comma 1, lett. fff) del d.lgs. 50/2016. In tale parametro confluiscono convenienza economica e sostenibilità finanziaria. Quest'ultima è definita come la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento. Meccanismo al quale è estranea l'amministrazione.

Quindi, ferma restando l'autonomia negoziale che può giustificare una diversa allocazione dei rischi, laddove il contratto di partenariato rispetti la conformazione tipica del regolamento negoziale di cui al Titolo I della parte IV del codice, l'allocazione dei rischi in capo all'operatore economico rappresenta una condizione tipica e, dunque, costituisce un parametro indispensabile per escludere l'operazione tra quelle di indebitamento puro.

Gli elementi di tipicità generale appena ricordati sono ulteriormente declinati nell'art. 180 del codice dei contratti che interviene, infatti, tracciando le linee fondamentali della regolamentazione negoziale del contratto di partenariato, in termini coerenti con la causa tipica più sopra definita e cioè i contenuti dell'"accordo associativo". In particolare, tra quelle più significative, definisce il ricavo di gestione dell'operatore economico che può essere rappresentato da un canone riconosciuto dall'ente concedente – ciò che porterebbe ad escludere la possibilità di attribuire un'altra finalità a detto canone, in particolare quello tipicamente individuato nella locazione finanziaria e cioè anche la natura di rateo della vendita – o da qualsiasi altra forma di contropartita. La norma precisa poi la natura dei rischi e l'allocazione degli stessi in capo solo all'operatore economico; nel sinallagma funzionale introduce una condizione di equilibrio necessario tra recupero dell'investimento o dei costi sostenuti dall'operatore e fruibilità dell'opera o fornitura del servizio; così come, sempre nella disciplina del sinallagma, prevede una sorta di clausola di salvaguardia per l'ente appaltante la cui prestazione, in canone, è ridotta o annullata in funzione della ridotta o mancata disponibilità dell'opera o del servizio.

Il comma 8 dell'art. 180 riconduce alla tipologia dei contratti di partenariato una serie di altri negozi che si differenziano per la specifica causa economica ma che sono accomunati dalle caratteristiche individuate ai commi precedenti.

Nel contratto di locazione finanziaria di opere pubbliche, che è espressamente elencato tra i contratti di previsti dall'art. 180, comma 8 del codice dei contratti, e disciplinato dall'art. 187 dello stesso codice, la riconducibilità del contratto di *leasing* all'appalto pubblico di lavori ipotizzata dal legislatore in considerazione dell'oggetto principale del contratto, non costituisce specifico elemento di distinzione sotto il profilo generale della costruzione della categoria dei contratti di partenariato, ma rappresenta una tipologia riconducibile ai rapporti di partenariato

pubblico-privato, laddove i contenuti contrattuali corrispondano allo schema negoziale tipico ed il regolamento delle relative pattuizioni rifletta i parametri ed i criteri del codice.

In questa indagine risiede il fondamento della responsabilità della scelta dell'ente che utilizza il contratto di partenariato, le cui pattuizioni non devono lasciare margini di incertezza sulla natura delle prestazioni corrispettive così come individuate dalla norma evitando il rischio della dissimulazione di un sostanziale finanziamento con obblighi ed oneri di natura diversa.

Conclusivamente, la locazione finanziaria di opere pubbliche rappresenta una specie che ricade sotto la disciplina del negozio di partenariato, laddove la realizzazione dell'opera, la sua disponibilità e la percezione delle sue utilità da parte dell'operatore economico corrispondano allo schema negoziale tipico del partenariato ed il regolamento delle relative pattuizioni rifletta i parametri ed i criteri di cui all'art. 180 d.lgs. n. 50/2016. Elemento discriminante per la qualificazione di contratto di PPP non rilevante ai fini dell'indebitamento è l'espressa pattuizione dell'assunzione dei rischi da parte dell'operatore economico.

Altre forme di realizzazione in partenariato *lato sensu* di opere e servizi il cui regolamento negoziale sia frutto dell'autonomia negoziale delle parti sono ascrivibili in via presuntiva alla figura del leasing finanziario, fattispecie riconducibile al contratto di finanziamento a fini di investimento, che costituisce indebitamento per l'ente appaltante.

**9.** In conclusione, si possono sintetizzare i profili più rilevanti della questione nei seguenti termini:

a) i rapporti negoziali definibili come *leasing* finanziario, nelle sue varie declinazioni, costituiscono forme atipiche di contratto che, nell'ambito dei contratti pubblici, integrano una procedura di realizzazione in partenariato di opere e servizi, le cui pattuizioni sono prevalentemente frutto degli usi e della prassi commerciale e che in relazione agli elementi che ne caratterizzano la causa economica sono annoverati fra i contratti di finanziamento. L'art. 3, comma 17, l. n. 350/2003, prevede, infatti, il *leasing* finanziario come operazione di indebitamento;

b) il punto 3.25 del principio contabile applicato, all. 4/2 al d.lgs. n. 118/2011, ai fini dell'armonizzazione dei sistemi contabili, precisa che il *leasing* finanziario ed i contratti assimilati, che nell'uso sono conosciuti con altra definizione, quali il *leasing* immobiliare, *leasing in costruendo*, *sale and lease-back*, ecc., sono contratti di finanziamento e le relative operazioni sono registrate con le medesime scritture utilizzate per gli investimenti finanziati da debito;

c) le procedure di realizzazione in partenariato di opere e servizi pubblici sono state sistematizzate nel nuovo codice dei contratti pubblici, per cui l'art. 3, comma 17, l. n. 350/2003 e l'esplicitazione che ne fa il punto 3.25 del principio contabile applicato vanno letti anche in combinato disposto con le disposizioni contenute negli art. 3, co. 1 lett. eee) e 180 del predetto codice che hanno codificato, rispettivamente, la causa ed il regolamento negoziale generale delle operazioni di partenariato. In particolare rileva l'art. 180 che, nel declinare il regolamento negoziale tipico del partenariato in conformità all'art. 3 comma 1 lett. eee), statuisce che il trasferimento del rischio in capo all'operatore economico, nel rispetto dell'equilibrio economico del contratto, comporta l'allocazione a quest'ultimo, oltre che del rischio di costruzione, anche del

rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, del rischio di domanda dei servizi resi. I contratti nei quali l'allocazione dei rischi rimane in capo all'operatore economico privato, in coerenza con i principi dettati da Eurostat, non devono essere registrati come debiti.

### **P.Q.M.**

La Sezione delle autonomie della Corte dei conti, pronunciandosi sulla questione di massima posta dalla Sezione di regionale di controllo per la Lombardia con la deliberazione n. 36/2017/QMIG, enuncia 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”.*

La Sezione di regionale di controllo per la Lombardia si atterrà ai principi di diritto enunciati nel presente atto di orientamento, ai quali si conformeranno tutte le Sezioni regionali di controllo ai sensi dell'art. 6, comma 4, del d.l. 10 ottobre 2012, n. 174, convertito in legge 7 dicembre 2012, n. 213.

Così deliberato in Roma nell'adunanza del 13 giugno 2017.

I Relatori

F.to Alfredo GRASSELLI

F.to Rinieri FERONE

Il Presidente

F.to Adolfo T. DE GIROLAMO

Depositata in Segreteria il 23 giugno 2017

Il Dirigente

F.to Renato PROZZO

