

Deliberazione n. 5/2012/PAR



REPUBBLICA ITALIANA

la

Corte dei conti

in

Sezione regionale del controllo

per l'Emilia - Romagna

composta dai Magistrati

dr. Mario Donno	Presidente
dr. Massimo Romano	Consigliere
dr. Ugo Marchetti	Consigliere
dr.ssa Benedetta Cossu	Primo referendario
dr. Riccardo Patumi	Referendario relatore

visto l'art. 100, comma 2, della Costituzione;

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

visto il T.U. delle leggi sull'ordinamento della Corte dei conti, approvato con R.D. 12 luglio 1934, n. 1214 e successive modificazioni ed integrazioni;

vista la legge 14 gennaio 1994 n. 20, il decreto-legge 23 ottobre 1996, n. 543, convertito nella legge 20 dicembre 1996, n. 639 recanti disposizioni in materia di giurisdizione e di controllo della Corte dei conti;

visto l'articolo 27 della legge 24 novembre 2000, n. 340;

visto il Regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, deliberato dalle Sezioni Riunite in data 16 giugno 2000 e successive modifiche;

vista la legge 5 giugno 2003, n. 131, recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3;

visto l'articolo 17, comma 31, D.L. 1 luglio 2009, n. 78 convertito in legge 3 agosto 2009, n. 102;

vista la legge della Regione Emilia-Romagna n. 13 del 9 ottobre 2009, istitutiva del Consiglio delle Autonomie locali, insediatosi il 17 dicembre 2009;

visto l'articolo 4, comma 1, della Convenzione sull'attività di collaborazione in merito all'esercizio della funzione di controllo collaborativo di cui alla legge n. 131/2003 intercorsa tra la Sezione regionale di controllo per l'Emilia Romagna ed il Consiglio delle Autonomie Locali;

vista la deliberazione della Sezione delle Autonomie del 4 giugno 2009 n. 9/ SEZAUT/2009/Inpr;

viste le deliberazioni delle Sezioni Riunite in sede di controllo n. 8 del 26 marzo 2010 e 54 del 17 novembre 2010;

vista la richiesta di parere avanzata dal Presidente del Consiglio delle Autonomie Locali dell'Emilia-Romagna il 9 novembre 2011;

vista l'ordinanza presidenziale n. 2 dell'11 gennaio 2012, con la quale la questione è stata deferita all'esame collegiale della Sezione;

udito nella Camera di consiglio il magistrato relatore, referendario Riccardo Patumi;

ritenuto in

FATTO

Il Presidente del Consiglio delle Autonomie locali ha inoltrato a questa Sezione, ai sensi dell'articolo 7, comma 8 della legge n. 131/2003, una richiesta di parere avente ad oggetto il ricorso, da parte degli enti locali, al *project financing* ed al *leasing in costruendo*, allo scopo di realizzare investimenti.

In particolare, il C.A.L. chiede se l'utilizzo di tali istituti costituisca manovra elusiva rispetto alle norme sul patto di stabilità.

Ritenuto in

DIRITTO

L'art. 7, comma 8, della legge n. 131/2003, oltre ad attribuire alle Regioni e, tramite il Consiglio delle Autonomie locali, se istituito, anche ai Comuni, Province e Città metropolitane la facoltà di richiedere alla Corte dei conti pareri in materia di contabilità pubblica, ha previsto che *"le Regioni possono richiedere ulteriori forme di collaborazione alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti"*. Sulla base di tale possibilità, in data 15 ottobre 2010, è stata stipulata tra la Regione Emilia-Romagna, questa Sezione regionale di controllo della Corte dei conti ed il Consiglio delle Autonomie locali la *"Convenzione sulle attività di collaborazione in merito all'esercizio della funzione di controllo collaborativo di cui alla legge n.131 del 2001"* Tale convenzione ha stabilito, all'art. 4, co.2, che *"Il CAL, anche avvalendosi del contributo degli esperti di cui all'art. 6, comma 2, può richiedere, in via autonoma, pareri su temi generali in materia di contabilità pubblica"*

Il quesito è, pertanto, ammissibile da un punto di vista soggettivo, in quanto trasmesso con lettera a firma del Presidente del Consiglio delle Autonomie locali, rappresentante legale dell'Ente

In ordine al requisito oggettivo, occorre evidenziare che la

Sezione delle Autonomie, con documento approvato nell'adunanza del 27 aprile 2004, ha fissato principi e modalità di esercizio dell'attività consultiva, al fine di garantire l'uniformità di indirizzo in materia ed evitare il rischio di una disorganica proliferazione di richieste di pareri e, soprattutto, di soluzioni contrastanti con successive pronunce specifiche delle Sezioni giurisdizionali o di controllo o con indirizzi di coordinamento.

Gli indirizzi e criteri generali per l'esercizio dell'attività consultiva, approvati dalla Sezione delle Autonomie della Corte dei Conti nella già richiamata adunanza del 27 aprile 2004, hanno ritenuto ammissibili le richieste di pareri relative ad atti generali, atti o schemi di atti di normazione primaria o secondaria, ovvero inerenti all'interpretazione di norme vigenti, o soluzioni tecniche rivolte ad assicurare la necessaria armonizzazione nella compilazione dei bilanci e dei rendiconti, ovvero riguardanti la preventiva valutazione di formulari e scritture contabili che gli enti intendano adottare.

La Sezione delle Autonomie, con deliberazione n. 5/2006 del 17 febbraio 2006, ha inteso ulteriormente precisare i limiti oggettivi della funzione consultiva, chiarendo che essa deve ritenersi circoscritta *"alla normativa e ai relativi atti applicativi che disciplinano, in generale, l'attività finanziaria che precede o che segue i distinti interventi di settore, ricomprendendo in particolare la disciplina dei bilanci e i relativi equilibri, l'acquisizione delle entrate, l'organizzazione finanziaria-contabile, la disciplina del patrimonio, la gestione delle spese, l'indebitamento, la rendicontazione e i relativi controlli.*

Se è vero, infatti, che ad ogni provvedimento amministrativo può seguire una fase contabile, attinente all'amministrazione di entrate e spese ed alle connesse scritture di bilancio, è anche vero che

la disciplina contabile si riferisce solo a tale fase 'discendente', distinta da quella sostanziale, antecedente, del procedimento amministrativo, non disciplinata da normative di carattere contabilistico".

Le Sezioni riunite della Corte dei conti, infine, in sede di coordinamento della finanza pubblica, ai sensi dell'art.17, comma 31 del decreto legge n.78/2009, convertito, con modificazioni, dalla legge n.102/2009, con delibera n.54/2010 hanno delineato un concetto unitario della nozione di contabilità pubblica, riferito al "*sistema di principi e norme che regolano l'attività finanziaria e patrimoniale dello Stato e degli Enti pubblici*"; la predetta nozione è, comunque, da intendersi "*in continua evoluzione in relazione alle materie che incidono direttamente sulla sana gestione finanziaria dell'Ente e sui pertinenti equilibri di bilancio*".

Alla luce delle sopraesposte considerazioni, la richiesta di parere in esame è ammissibile anche sotto il profilo oggettivo, in quanto riconducibile alla materia della contabilità, poiché attiene all'interpretazione di istituti che hanno diretto riflesso sulla formazione e gestione dei bilanci pubblici.

Il primo quesito concerne il *project financing*. La finanza di progetto non è un contratto, ma una complessa operazione economico-finanziaria, che si realizza mediante diversi contratti collegati e che, secondo la ricostruzione preferibile, costituisce un esempio di collegamento negoziale volontario.

Il *project financing*, che nella pratica può avere diverse e complesse manifestazioni, si concretizza in una particolare tecnica di finanziamento a lungo termine, avente ad oggetto un singolo progetto, la cui gestione è idonea a remunerare il capitale investito, in quanto destinata a produrre un cospicuo flusso di cassa nel tempo (il *cash-flow*). Al centro dell'operazione è proprio il finanziamento,

erogato ad una società appositamente costituita ("*project company*"), confidando sulla validità del progetto stesso e prescindendo dalla capacità patrimoniale del soggetto finanziato. I finanziatori, infatti, hanno una garanzia reale costituita dal diritto di "*step in*", cioè di assumere il controllo della gestione del progetto, allorché si verificano situazioni di crisi nella fase esecutiva. Le relazioni tra i vari soggetti e i rischi connessi all'operazione vengono normalmente disciplinati mediante una pluralità di contratti collegati.

La finanza di progetto non ha avuto, ad oggi, una regolamentazione organica da parte del legislatore italiano, il quale si è limitato a disciplinarne alcuni aspetti, configurandola come un'evoluzione della concessione di costruzione e gestione di opera pubblica.

La fattispecie è stata introdotta dalla legge n. 415/1998 (c.d. "*Merloni ter*"), al fine di porre rimedio alla scarsità di fondi pubblici, consentendo il finanziamento di opere pubbliche con capitali di soggetti privati dotati, oltre che di una notevole capacità finanziaria, di idonei requisiti tecnici e gestionali. Scopo ultimo del nuovo istituto è di ridurre il ritardo infrastrutturale che l'Italia accusa rispetto ad altri Paesi industrializzati, mediante una forma di partenariato pubblico-privato, cioè una collaborazione tra pubblica amministrazione e mondo delle imprese.

La finanza di progetto in Italia, quindi, ha ad oggetto le sole opere pubbliche. Tuttavia solo impropriamente potrebbe parlarsi di "*project financing pubblico*", trattandosi, invece, di un "*project financing applicato ai progetti pubblici*" e non di un'operazione svolgentesi su un circuito entrate-uscite esclusivamente pubblico.

La vigente disciplina del *project financing* è contenuta nel

codice dei contratti pubblici, di cui al d. lgs. n. 163/2006, artt. 152 e seguenti. L'art. 153, in particolare, prevede al primo comma che *"Per la realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità, inseriti nella programmazione triennale e nell'elenco annuale di cui all'articolo 128, ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, finanziabili in tutto o in parte con capitali privati, le amministrazioni aggiudicatrici possono, in alternativa all'affidamento mediante concessione ai sensi dell'articolo 143, affidare una concessione ponendo a base di gara uno studio di fattibilità, mediante pubblicazione di un bando finalizzato alla presentazione di offerte che contemplino l'utilizzo di risorse totalmente o parzialmente a carico dei soggetti proponenti"*.

Nonostante le diverse novelle che sono intervenute, successivamente all'introduzione della finanza di progetto, è possibile rilevare che, già nella disciplina originaria, era specificato come l'operazione avesse lo scopo di finanziare un'opera pubblica. L'art. 11 della legge n. 415/1998, infatti, rubricato *"Realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione"*, circoscrive la fattispecie ai *"...lavori pubblici o lavori di pubblica utilità...con risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori..."*.

La tipologia di opere finanziabili mediante l'istituto in argomento è, peraltro, da considerarsi ulteriormente limitata alle sole c.d. *"opere calde"*: ciò, conseguentemente al carattere *self-liquidating* dell'opera, o del servizio, che deve avere l'attitudine ad autofinanziarsi. L'oggetto è quindi costituito da opere alle quali è possibile applicare un prezzo del servizio, come controprestazione che è tenuto a corrispondere

l'utente, tali da generare un flusso di cassa in grado di consentire il rimborso dei finanziamenti ottenuti. Restano escluse le c.d. "opere fredde", in cui la funzione sociale è assolutamente predominante e, rispetto alle quali, le eventuali tariffe non sono in grado di coprire i costi.

La destinazione della finanza di progetto alle opere calde è riconosciuta indirettamente dal legislatore il quale, nel disciplinare la programmazione triennale, all'art. 128 del codice dei contratti pubblici, prescrive che "le amministrazioni aggiudicatrici individuano con priorità i bisogni che possono essere soddisfatti tramite la realizzazione di lavori finanziabili con capitali privati, in quanto suscettibili di gestione economica", in tal modo escludendo le opere fredde.

Del *project financing* si è occupata anche la Corte dei conti. In particolare, è utile ricordare quanto autorevolmente evidenziato dalle Sezioni Riunite in sede di controllo, con delibera n. 15/2010 nell'ambito del "Rapporto sul coordinamento della finanza pubblica": *"Anche il project financing è un valido strumento di coinvolgimento dei privati per la realizzazione di opere pubbliche, purché l'opera venga realizzata integralmente con capitali privati, limitando la eventuale contribuzione pubblica ad importi non significativi. Nelle prassi operative è dato riscontrare contratti nei quali l'intervento pubblico è elevato, superando anche la metà del valore dell'opera. Si tratta di un uso improprio del contratto, anche in relazione ai parametri stabiliti in sede comunitaria in relazione alle partnership pubblico-private"*.

Per quanto sopra esposto, è possibile rispondere al quesito formulato dal C.A.L., evidenziando come il *project financing* non sia, nel suo

fisiologico operare, uno strumento elusivo della normativa sul patto di stabilità. L'istituto *de quo*, infatti, può costituire un importante strumento a disposizione degli enti locali, al fine di permettere la realizzazione di opere pubbliche, giovandosi dell'ausilio finanziario, ma anche tecnologico ed organizzativo dei privati.

La finanza di progetto, tuttavia, si presta anche ad un utilizzo distorto. Nel caso in cui, infatti, l'apporto pubblico sia superiore alla metà del valore dell'opera, i contratti posti in essere non possono più considerarsi riconducibili alla fattispecie tipizzata dal legislatore, finendo per avere il solo nome del *project financing*, ma natura giuridica del tutto diversa.

Similmente, accade nel caso in cui l'ente locale si renda garante presso il soggetto finanziatore, normalmente un istituto bancario, rispetto al capitale concesso in credito al promotore. In tal modo, infatti, si sviscera la funzione del *project financing*, la quale non può ridursi esclusivamente ad una tecnica di finanziamento delle opere pubbliche, ma deve anche consentire il trasferimento in capo ai privati, quantomeno in parte, dei rischi relativi al buon esito del progetto.

E' utile ricordare una concreta fattispecie, sottoposta all'esame della Sezione regionale della Corte dei conti per il Veneto, nell'ambito della quale il *project financing* si è rivelato essere apertamente finalizzato ad eludere apertamente il patto di stabilità. Il caso in questione aveva ad oggetto un *project financing* stipulato da un Comune con una società dallo stesso interamente partecipata. L'ente locale aveva supportato tale società con un iniziale finanziamento, considerato dal Comune quale concessione di credito. La Sezione di controllo citata, mediante parere reso con deliberazione n. 228/2010,

ha evidenziato come un finanziamento di tale tipo, operato in favore di una società *in house*, e non di un soggetto terzo, non possa essere considerato come "concessione di credito", utile ai fini della definizione del saldo finanziario del patto di stabilità, in quanto concretizzerebbe un'operazione elusiva.

La seconda fattispecie all'analisi di questo Collegio è costituita dal leasing *in costruendo*. La Corte dei conti si è più volte occupata dell'istituto de quo (*ex multis*, Sezioni riunite in sede di controllo n. 49/2011 e Sezione regionale di controllo per il Veneto n. 360/2011).

Il *leasing in costruendo*, categoria rientrante nel *leasing* immobiliare, è l'operazione contrattuale mediante la quale un ente pubblico demanda ad un soggetto terzo la costruzione o il completamento di un'opera pubblica e, contestualmente, procede alla sua locazione finanziaria per un determinato periodo ad un canone prefissato, riservandosi alla scadenza l'opzione di acquisto definitivo del bene, ad un prezzo prestabilito.

Il problema relativo alla possibilità, da parte della pubblica amministrazione, di fare ricorso ad un contratto di leasing immobiliare, ha trovato un'esplicita risposta mediante la legge n. 296/2006 (legge finanziaria 2007) che, all'art.1, commi 907, 908, 912 e 913, ha consentito il ricorso alla locazione finanziaria per la realizzazione, l'acquisizione ed il completamento di opere pubbliche, o di pubblica utilità, da parte dei committenti tenuti all'applicazione del codice dei contratti pubblici, e quindi anche degli enti locali. Il *leasing in costruendo*, in particolare, è disciplinato dall'art.160-bis del d.lgs. n. 163/2006, introdotto dal d.lgs. n. 113/2007. La figura in analisi rappresenta un valido strumento per la realizzazione di opere pubbliche, in quanto evita l'esborso del capitale

in un'unica soluzione. L'oggetto è costituito dalle c.d. "opere fredde", destinate ad essere utilizzate direttamente dalla pubblica amministrazione, ciò a differenza di quanto avviene per il *project financing*.

Le pubbliche amministrazioni devono operare una valutazione di convenienza, prima di procedere all'utilizzazione di un leasing in costruendo. A tal fine, è necessario considerare alternativamente il ricorso al contratto di mutuo o al finanziamento ad opera della Cassa Depositi e prestiti, valutando anche l'impatto di sostenibilità per il bilancio dell'ente di tali diverse forme di finanziamento, anche con riferimento ai vincoli di bilancio.

Occorre altresì verificare se, dall'operazione in esame, possa derivare indebitamento per la pubblica amministrazione. L'accertamento deve essere effettuato sulla base dei criteri contenuti nelle decisioni Eurostat, in particolare tenendo conto del principio per cui la spesa inerente alla costruzione di opere pubbliche non grava sul bilancio dell'ente, a condizione che il rischio ricada sul soggetto realizzatore, in tal modo permettendo la riconducibilità della fattispecie al partenariato pubblico-privato. Qualora, invece, i rischi inerenti all'esecuzione e la gestione dell'opera siano a carico dell'amministrazione, la destinazione in via continuativa di una parte delle risorse dell'ente, per pagare i canoni di locazione di un *leasing in costruendo*, finalizzati all'ottenimento della disponibilità di un'opera pubblica, ha sostanzialmente la natura di indebitamento. Essa, infatti, è assimilabile ad un' "assunzione di mutui", ottenuta mediante un'operazione finanziaria, posta in essere con un contratto atipico. Pertanto, un'operazione con tali caratteristiche non può essere utilizzata per eludere vincoli o limiti che le regole di finanza pubblica

pongono all'operato dell'ente locale, tali essendo il divieto di indebitamento per spesa corrente, il limite della capacità di indebitamento e il rispetto del patto di stabilità.

P.Q.M.

La Sezione Regionale di controllo della Corte dei Conti per l'Emilia Romagna esprime il proprio parere sul quesito riportato in epigrafe nei termini di cui in motivazione.

ORDINA

Alla Segreteria di trasmettere copia della presente deliberazione - solo in formato elettronico - alla Presidente del Consiglio delle Autonomie locali della Regione Emilia-Romagna e di depositare presso la segreteria della Sezione l'originale della presente deliberazione in formato cartaceo.

Così deciso nella Camera di Consiglio del 19 gennaio 2012.

IL PRESIDENTE

f.to (Mario Donno)

IL RELATORE

f.to (Riccardo Patumi)

Depositata in segreteria il

Il Direttore di segreteria

f.to (Rossella Broccoli)