

settori (caserme e uffici Polizia, Carabinieri, Finanze<sup>49</sup>, sedi estere Ministero degli affari esteri);

- la funzione specifica delle strutture penitenziarie per adulti e degli istituti di custodia minorile che si caratterizzano quali “strutture funzionali” all'erogazione di un “servizio pubblico”- il servizio di custodia, contenzione e pena - che lo Stato è tenuto a garantire ai cittadini e del cui onere si fa quindi totalmente carico.

Sulla base degli elementi indicati, il coinvolgimento del settore privato sembra, quindi, prefigurabile mediante modelli di PPP nel cui ambito è chiamato a condividere con il soggetto pubblico i rischi connessi alla realizzazione del progetto d'investimento (costruzione e completamento) nonché i rischi operativi<sup>50</sup>.

Secondo questa impostazione, le principali caratteristiche di tali forme di partenariato possono essere sintetizzate in:

- particolare rilevanza delle attività di gestione e di manutenzione delle infrastrutture, in relazione alle specifiche caratteristiche tecniche e/o delle funzioni “speciali”, cui le attività stesse devono rispondere;
- ritorni economici della gestione non sufficienti di per sé a garantire allo stesso tempo il recupero dell'investimento e la remunerazione del capitale investito.

### 2.3.2 *Lo strumento contrattuale e finanziario*

Nel caso dell'edilizia penitenziaria e di custodia minorile, forme di PPP possono essere attuate mediante il ricorso allo strumento del *leasing*.

Il *leasing* è uno strumento contrattuale e finanziario con cui un soggetto (“locatore”) cede in locazione ad un altro (“locatario”), per un periodo di tempo prefissato, un bene di natura strumentale, mobile od immobile, acquistato, o fatto costruire, dal locatore su scelta e indicazione del locatario contro corresponsione di un determinato canone periodico. Al termine del contratto è prevista la possibilità da parte del locatario di riscattare a titolo oneroso il bene oggetto del contratto; così come può essere prevista anche la prestazione di servizi “accessori” inerenti la manutenzione del bene, normalmente svolta da soggetti terzi convenzionati con il locatore.

Nel caso dell'edilizia penitenziaria e di custodia minorile, le tipologie di *leasing* cui l'amministrazione può fare riferimento sono, in via principale anche se non esaustiva, le seguenti:

<sup>49</sup> Cfr. art. 8, commi 2,3 del d.l. 9/1992 convertito con modificazioni con la legge 28 febbraio 1992, n. 217 (Polizia e Forze armate); art. 23, comma 16, della legge 23 dicembre 1998, n. 454 (Ministero finanze e Ministero affari esteri).

<sup>50</sup> Per rischio operativo in questo caso s'intendono tutti gli eventi che possono influire, temporaneamente o stabilmente, sulla disponibilità ed il funzionamento totale/parziale della struttura, sulla qualità dei servizi ausiliari e di manutenzione, ordinaria e straordinaria, della struttura, degli impianti e delle attrezzature.

- *leasing* operativo<sup>51</sup> che si caratterizza per la natura del bene oggetto del contratto e dalla mancanza di opzione finale d'acquisto;
- *leasing* immobiliare "costruito" che ha per oggetto beni immobili ultimati (magazzini, uffici, depositi, edifici a destinazione specifica ecc.), supportati da verifica di regolarità urbanistica e di congruità del prezzo (perizia tecnica asseverata);
- *leasing* immobiliare "costruendo" che ha per oggetto beni immobili da costruire, ristrutturare, adeguare sostanzialmente nella parte impiantistica; nell'alveo di questa tipologia vi è la possibilità di avere più soluzioni in cui il locatore può:
  - acquistare o acquisire il diritto di superficie di un'area edificabile e quindi costruire, mediante contratti di appalto, l'immobile progettato dal locatario;
  - acquistare un immobile "allo stato grezzo" per poi provvedere al suo completamento;
  - acquistare un immobile finito e provvedere, poi, ai successivi interventi di ristrutturazione ed adeguamento;
- *lease back* che consiste nella vendita del bene, una volta realizzato, ad una società di *leasing* che contestualmente lo cede allo stesso venditore.

Nel settore in esame, il bene oggetto della locazione è strumentale all'attività svolta dall'amministrazione, ma, dovendo il locatore acquisirne la proprietà, sarà necessario che i beni possano formare oggetto di proprietà da parte di privati.

Nel caso specifico, gli istituti penitenziari e di custodia minorile, in quanto beni destinati a pubblico servizio, dovrebbero rientrare nel patrimonio indisponibile dello Stato. Conseguentemente non "...possono essere sottratti alla loro destinazione se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano ..." (art. 828 c.c.).

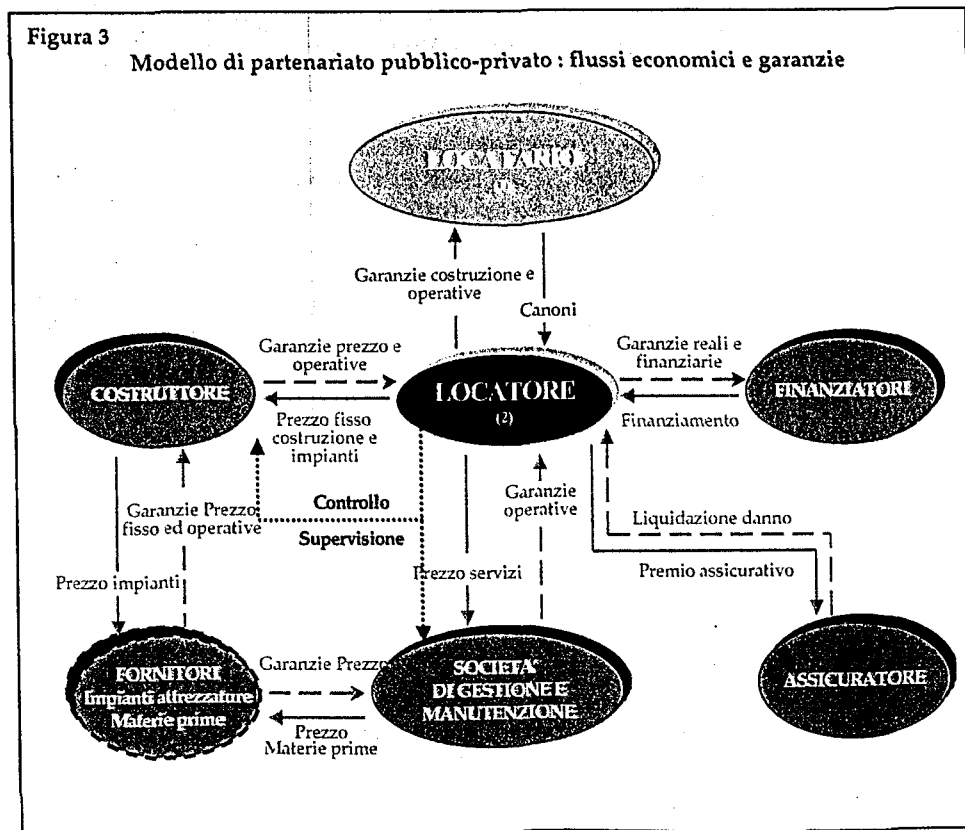
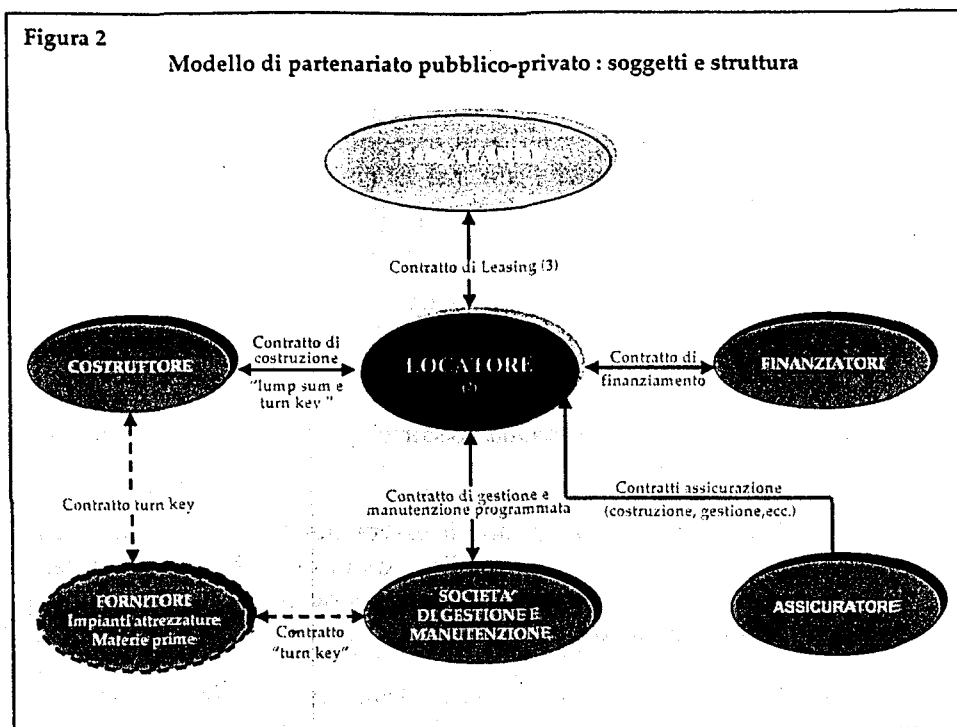
Quanto indicato, comporta che tali beni siano posti fuori commercio finché perdura la loro destinazione pubblica e possano essere alienati, sempre che non siano distratti dal compito strumentale di rilevanza pubblica che sono chiamati ad assolvere.

Alla luce di tali considerazioni, nel caso di specie, il vincolo di indisponibilità consentirebbe il trasferimento della proprietà dei beni in costanza del vincolo di destinazione e la costituzione di diritti parziali sugli stessi. Infatti, in entrambi i casi in oggetto, i beni non vengono sottratti ai loro compiti strumentali.

Sulla base delle analisi e delle considerazioni effettuate, l'ipotesi di PPP potrebbe essere strutturata come descritto nelle figure alla pagina seguente.

---

<sup>51</sup> Il c.d. *leasing operativo*, non riconosciuto dal diritto come forma di locazione finanziaria, è comunque, riconducibile allo schema tipico del contratto di locazione.

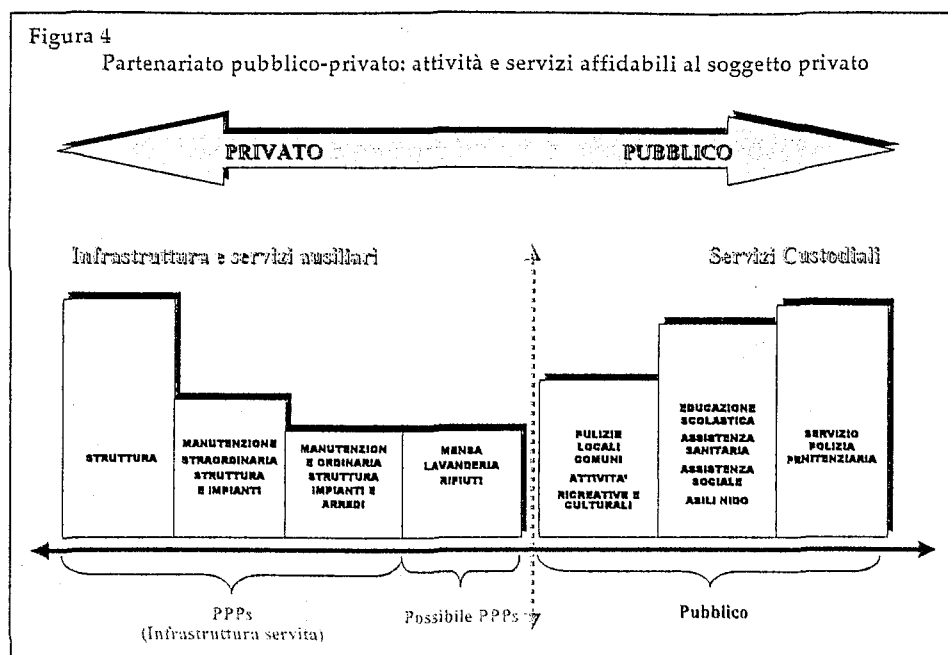


Nella prospettiva del partenariato pubblico privato, il *leasing* :

- consente il trasferimento del rischio di costruzione e gestione (ritardi, extracosti, non conformità dell'opera ecc.) dal soggetto pubblico al soggetto privato;
- assicura al soggetto pubblico la qualità delle realizzazioni, non solo "a collaudo" nei termini di corrispondenza della prestazione alle proprie esigenze, ma anche durante la gestione della struttura; un'efficiente manutenzione assicura al soggetto pubblico l'acquisizione di un bene sempre funzionale all'erogazione del servizio cui è strumentale;
- ripartisce il rischio finanziario ed il rischio di costruzione tra finanziatori e realizzatori-gestori, anche in ragione dell'affidabilità e dell'esperienza dei soggetti interessati.

Alla base dell'ipotesi delineata, occorre, però, siano poste, per lo meno, le seguenti condizioni:

- il *contratto di leasing* dovrà essere del tipo "chiavi in mano" e "full service", elemento che implica, appunto, il trasferimento del rischio di costruzione e operativo sul mutuatario o "locatore" e sull'impresa che realizzerà i lavori;
- la *prestazione* che l'amministrazione, acquirente/utente del bene immobile e dei servizi "ausiliari", richiederà al soggetto privato dovrà articolarsi nelle seguenti componenti :
  - realizzazione di lavori di costruzione, ristrutturazione, manutenzione straordinaria delle strutture, degli impianti e delle attrezzature;
  - servizi finanziari connessi all'anticipazione delle risorse necessarie all'acquisto e/o alla costruzione/ristrutturazione ed all'arredo delle strutture;
  - manutenzione ordinaria e gestione delle strutture, degli impianti e delle attrezzature necessarie al funzionamento delle stesse;
  - servizi "ausiliari" al servizio di pena e contenzione (lavanderia, pulizia, mensa ecc.; distinguendo in relazione alle tipologie di struttura considerate di volta in volta).
- gli *incentivi e le penali* che l'amministrazione, acquirente/utente del bene immobile e dei servizi "ausiliari", richiederà alla Società di progetto, dovranno essere connessi ai tempi ed alla qualità della prestazione.



L'articolazione descritta per la prestazione andrà definita in ragione degli obiettivi che l'amministrazione si pone, nonché della disponibilità di risorse e delle modalità con cui queste ultime potranno essere utilizzate

Nel modello di PPP ipotizzato, l'articolazione dei ricavi è funzione della tipologia *leasing* cui l'amministrazione riterrà opportuno fare riferimento. Infatti le tipologie di ricavo prefigurabili sono rappresentate dal solo canone di *leasing* ovvero dal canone di *leasing* e da un corrispettivo per i servizi prestati a favore dell'amministrazione stessa. Quanto indicato evidenzia due elementi da tenere debitamente in considerazione per la definizione e lo sviluppo di modelli di PPP, ed in particolare:

- la controparte commerciale del soggetto privato è rappresentata dalla sola amministrazione che è l'utilizzatrice esclusiva della struttura nonché l'acquirente/utente dei servizi prestati;
- il corrispettivo da questa pagato al soggetto privato, nel caso di specie, non rappresenta un qualcosa di accessorio al *core business* da questo gestito, versato dall'amministrazione per mantenere l'equilibrio economico dell'investimento, ma è la remunerazione del *core business* stesso.

Infatti, considerata la gamma di attività che l'Amministrazione può affidare a terzi, nel modello di partenariato delineato il *core business* gestito dal soggetto privato è rappresentato dalla realizzazione della struttura e dalla gestione della stessa per conto dell'amministrazione (*i.e* manutenzioni).

I servizi "ausiliari", a causa del basso margine di contribuzione che possono offrire, difficilmente riescono a generare redditi tali da poter remunerare l'investimento realizzato, se non su orizzonti temporali eccessivamente estesi.

Lo sviluppo di PPP nel settore dell'edilizia penitenziaria secondo il modello ipotizzato, trova forti limitazioni nella normativa vigente in materia di contabilità di Stato<sup>52</sup> e di opere pubbliche. Infatti:

- il ruolo, per l'amministrazione, di controparte commerciale del soggetto privato risulta difficilmente coerente con i vincoli posti dalla legge 109/94 in materia di contribuzione pubblica;
- l'ipotesi della corresponsione di corrispettivi per i servizi gestiti, oltre al canone di *leasing*, mal si concilia con l'istituto della concessione;
- si rileva una non chiara qualificazione contabile della spesa connessa a contratti di *leasing*<sup>53</sup>; ad eccezione del *leasing* immobiliare, tale spesa può essere imputata a capitoli di bilancio sia di parte corrente sia di conto capitale;
- l'orizzonte temporale di medio periodo che caratterizza i contratti di *leasing* si concilia con difficoltà con l'orizzonte di breve periodo adottato per i bilanci dello Stato.

Gli elementi di vantaggio per l'amministrazione nell'applicazione di modelli di PPP, secondo l'ipotesi prefigurata, sono riconducibili, in prima istanza, ai seguenti elementi:

- maggiore rispondenza delle realizzazioni alle esigenze ed agli *standard* tecnico-funzionali desiderati per i manufatti;
- accelerazione dei tempi del ciclo progettazione-realizzazione, nel rapporto contrattuale incentivi e penali possono essere previsti anche in relazione alla fase di costruzione;
- utilizzo immediato del bene e, in funzione della tipologia di *leasing* applicata, un contenimento ed un'effettiva programmazione delle spese di manutenzione e gestione;
- redistribuzione del costo di utilizzo del bene su un arco pluriennale, la spesa per la realizzazione e gestione verrebbe, infatti, ripartita su un arco temporale superiore al triennio di bilancio dell'amministrazione;
- possibilità di acquisire il bene al termine del periodo di locazione adeguatamente mantenuto ed ancora funzionale all'erogazione del servizio pubblico cui è destinato;

<sup>52</sup> Cfr. Par. 2.4.1 e 2.4.2

<sup>53</sup> Cfr. Par. 2.4.2

- flessibilità sul piano finanziario, poiché lo strumento consente un adeguamento dei canoni alle esigenze di bilancio dell'amministrazione e prevede il finanziamento "globale" dell'investimento previsto;
- una più vasta gamma di garanzie per i finanziatori, considerata la natura "asset based" delle operazioni di *leasing*<sup>54</sup>.

## 2.4 Gli elementi di criticità

### 2.4.1 *Gli aspetti contabili: l'orizzonte temporale delle disponibilità di bilancio*

Per l'applicazione di modelli di PPP che possano prevedere il ricorso a strumenti quali il *leasing*, e più in generale alla finanza di progetto – strumenti caratterizzati dalla possibilità di dilazionare i pagamenti alle imprese durante l'arco di vita di un progetto, piuttosto che concentrarli nella fase realizzativa – occorre garantire la possibilità per l'amministrazione di assumere impegni di spesa pluriennali (estesi oltre il triennio di bilancio) corrispondenti, rispettivamente, ai canoni finanziari o agli eventuali contributi in conto esercizio negoziati nell'ambito dell'affidamento della costruzione e gestione delle strutture.

Sulla base di un primo esame dello stato previsionale del Ministero della giustizia (bilancio previsionale, legge di bilancio e legge finanziaria per l'anno 2001), non è stato possibile identificare risorse finanziarie utili a tale scopo, in quanto:

- da una parte, alle risorse già stanziare risultano associati pre-determinati e, presumibilmente, precisi impegni di spesa;
- dall'altra, le modalità disposte per l'utilizzo in bilancio di tali stanziamenti non sembrano consentire l'assunzione d'impegni di spesa pluriennali riferiti ad orizzonti temporali pari a 15 – 20 anni.

Tale quadro contabile si conferma, sebbene l'art. 145, comma 34, della legge finanziaria 2001, abbia previsto la possibilità, da parte del Ministero della giustizia, di avvalersi degli strumenti del *leasing*, della permuta e della finanza di progetto.

Quantunque tale disposizione rappresenti un ulteriore avanzamento rispetto a quanto già prescritto dall'art. 23, comma 16, della legge 23 dicembre 1998, n. 454 – con il quale sono stati stabiliti i presupposti per l'applicazione del *leasing* per l'acquisto d'immobili, ma solo attraverso il Ministero delle finanze<sup>55</sup> – non è

---

<sup>54</sup> Tale considerazione deve essere contestualizzata, caso per caso, in funzione della struttura di partenariato pubblico – privato o di finanza di progetto definite. Tale considerazione è valida appieno nel caso di strutture di "project leasing" al cui interno possono essere prestate garanzie reali e finanziarie in virtù, ad esempio, della presenza, tra i finanziatori, di società di *leasing* e istituti finanziari. Nel caso di *leasing* pubblico l'obiettivo principale è quello di "trasferire" il rischio di costruzione sui realizzatori, fornitori e gestori dei servizi e della manutenzione, che a loro volta se ne faranno carico, in quota parte, in funzione del proprio *standing*, operativo e finanziario e delle garanzie dirette e collaterali che potranno offrire.

<sup>55</sup> Attualmente Ministero dell'economia e finanze ai sensi del d.lgs. 300/99.

chiaro fino a che punto la disposizione in questione possa essere considerata un'autorizzazione di spesa a favore del Ministero della giustizia, ovvero una deroga ai principi contenuti nella citata legge 1133/71<sup>56</sup>.

#### 2.4.2 *La qualificazione della spesa e l'atipicità del contratto*

Sul piano contabile, si pone l'esigenza di qualificare la spesa connessa ad un contratto di *leasing* in linea con le politiche di bilancio dello Stato. In proposito, si ricorda che, l'amministrazione centrale redige un bilancio finanziario per:

- *competenza*, versione in cui il bilancio comprende gli accertamenti di entrata e gli impegni di spesa;
- *cassa*, versione comprendente gli incassi ed i pagamenti effettivi.

In questo quadro contabile, i canoni di *leasing* dovrebbero essere imputati al capitolo di parte corrente del bilancio finanziario di competenza - al momento dell'impegno - e del bilancio finanziario di cassa - al momento del pagamento. L'importo dell'eventuale riscatto del bene dovrebbe essere posto a carico del relativo capitolo di spesa in conto capitale del bilancio di competenza e di cassa, quando, rispettivamente, sorge l'impegno di spesa e si procede al pagamento.

Secondo tale logica, alla chiusura dell'esercizio, si rileveranno, nel rendiconto finanziario, gli impegni assunti, ovvero l'importo dei canoni pagati e quello dei canoni eventualmente ancora da pagare, mentre il bene acquisito al valore di riscatto si rileverà tra le attività dello stato patrimoniale, nell'esercizio in cui avviene l'operazione.

L'atipicità e l'adattabilità del contratto di *leasing*, in funzione dell'oggetto e della natura delle prestazioni ivi previste, consente, infatti, l'imputazione della relativa spesa su capitoli di parte corrente o di conto capitale. La presenza di un soggetto pubblico nella veste di utilizzatore di un bene mediante un contratto di *leasing* non modifica la natura giuridica dello strumento che rimane, comunque, un contratto "atipico".

Occorre specificare in questa sede che, per quanto riguarda gli enti locali e territoriali, l'imputazione della spesa per canoni di *leasing* viene effettuata di norma - ad esclusione degli acquisti di immobili - su capitoli di parte corrente.

L'adozione di un approccio simile anche per l'amministrazione centrale, ovvero l'imputazione a bilancio dei canoni qualificati come spese di parte corrente, evidenzia lo spostamento della criticità dalla quantità e dall'orizzonte temporale degli stanziamenti alla certezza dei pagamenti del canone in un orizzonte temporale più esteso di quello adottato per il bilancio dello Stato.

#### 2.4.3 *Le procedure di affidamento*

Ai fini dell'individuazione delle procedure di evidenza pubblica per la realizzazione/ristrutturazione delle strutture penitenziarie mediante affidamento di un contratto di *leasing*, non sembra esistere, ad oggi, un numero

---

<sup>56</sup> Cfr. paragrafo 2.5.1



di precedenti utile ad identificare una chiara posizione sul piano della dottrina e della giurisprudenza in materia.

Nell'ordinamento giuridico, comunitario e nazionale, nel caso in cui dal contratto derivi una spesa per lo Stato, vige il principio generale secondo cui l'affidamento deve essere il prodotto di una procedura di evidenza pubblica. Pertanto, non sembra che un'operazione di *leasing* pubblico possa prescindere dal ricorso ad un procedimento di gara.

L'individuazione della procedura di gara dipende, sostanzialmente, dall'oggetto dell'affidamento e risulta alquanto problematica ove si intenda adoperare il contratto di *leasing* finanziario quale strumento per la realizzazione di lavori pubblici. Infatti, seppure il contratto si configuri come rapporto bilaterale, tra società di *leasing* ed ente pubblico utilizzatore, dal punto di vista economico debbono essere considerati tre soggetti: l'ente pubblico utilizzatore, la società di *leasing* e il costruttore dell'opera o appaltatore dei lavori<sup>57</sup>, il quale è, in definitiva, il soggetto deputato alla realizzazione dell'opera da destinare ad un servizio a favore della collettività. Si rende, quindi, necessario stabilire entro quali limiti il principio della concorsualità operi anche nella scelta del realizzatore dell'opera.

A stretto rigore, il contratto di appalto intercorrente tra società di *leasing* ed appaltatore dei lavori è un rapporto a rilevanza meramente privatistica, in cui la scelta del contraente dovrebbe essere rimessa all'autonomia delle parti. Quest'impostazione non considera, tuttavia, in modo sufficientemente adeguato il rischio che il *leasing* pubblico, nel caso di specie, si possa tradurre in una scorciatoia finalizzata ad evitare l'applicazione della normativa sui lavori pubblici.

Come noto, infatti, la legge 109/94 e ss. mm. ii. è estremamente restrittiva, prevedendo, quali esclusivi sistemi di realizzazione dei lavori pubblici il contratto di appalto e la concessione di lavori pubblici (art. 19, comma 1).

Dall'altra parte, la normativa comunitaria può dare adito a soluzioni contrastanti. Infatti:

- da un lato la Direttiva 92/50/CEE ("Direttiva Servizi") - che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di pubblici servizi, attuata nel nostro ordinamento tramite il d.lgs. 157/95 - ricomprende nel proprio ambito di applicazione le operazioni di *leasing* finanziario, annoverandole fra i servizi di intermediazione finanziaria<sup>58</sup>;
- dall'altro, la Direttiva 93/37/CEE ("Direttiva lavori") - che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori - all'art. 1, lettera a), definisce appalti pubblici di lavori anche i contratti a titolo oneroso conclusi tra un imprenditore e un'amministrazione aggiudicatrice

<sup>57</sup> Tale complessità si traduce, sul piano giuridico, nel collegamento negoziale che si realizza tra contratto di *leasing* e contratto di appalto. Infatti l'appalto costituisce il mezzo che consente di realizzare il bene da concedere in godimento attraverso il contratto di *leasing*.

<sup>58</sup> I servizi finanziari sono elencati nell'allegato I A della Dir. 92/50/CEE, che fa riferimento alla voce 8112-81120 della CPC.

aventi per oggetto "...l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice...". Tale definizione sembra non basarsi sulle caratteristiche proprie di una tipologia contrattuale, riferendosi, piuttosto, a qualsiasi tipo di negozio il cui oggetto comprenda l'esecuzione di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice.

In altre parole, all'art. 1, lettera a) della "Direttiva lavori" interessa più esplicitare l'obiettivo cui l'attività dell'amministrazione è finalizzata - la realizzazione di un'opera che risponda alle sue esigenze - piuttosto che definire prescrittivamente le tipologie contrattuali attraverso cui questo obiettivo<sup>59</sup> è raggiunto. Si ritiene, pertanto, che la definizione di appalti pubblici di lavori fornita dall'art. 1, lettera a) della "Direttiva lavori" ricomprenda anche schemi contrattuali sostanzialmente riferibili alla struttura del *leasing* di tipo immobiliare, che andrebbero perciò ricondotti nell'alveo della legge n. 109/94 e ss. mm. ii., in quanto norma nazionale di recepimento della citata "Direttiva lavori".

Alla luce di queste considerazioni, per garantire il rispetto della normativa comunitaria e nazionale, le soluzioni prospettabili per il caso di specie possono essere molteplici:

- l'amministrazione può procedere all'individuazione della società di *leasing* tramite le procedure di aggiudicazione previste per i contratti di servizi, vincolando la stessa ad applicare la procedura ad evidenza pubblica nella scelta del realizzatore<sup>60</sup>, dal momento che la realizzazione dell'opera deve, comunque, soddisfare le esigenze dell'amministrazione stessa.

Il ricorso a questa modalità di affidamento, quantunque richieda tempi più lunghi, in quanto si articola in due distinte procedure di evidenza pubblica, consente all'amministrazione di selezionare attentamente la società di *leasing*, attraverso i criteri di selezione dei potenziali candidati. A seguito dell'aggiudicazione del contratto di fornitura di servizi di *leasing*, l'amministrazione, di fatto, ribalta il rischio relativo all'inadeguata realizzazione dell'opera sull'aggiudicatario, dal momento che, fintanto che l'opera non è realizzata, la società di *leasing* non è in grado di prestare i servizi finanziari oggetto dell'iniziale contratto di affidamento.

Per mitigare questo rischio, in capo alla società di *leasing*, oggetto dell'originale affidamento potrebbe essere la prestazione di servizi

---

<sup>59</sup>La definizione di principi giuridici in termini di obiettivi piuttosto che prescrittiva identificazione degli strumenti giuridici è la tipica tecnica legislativa attuata attraverso le direttive che si pongono, rispetto alle norme nazionali di recepimento, come normativa che stabilisce obiettivi ed ambiti che possono essere, qualora necessario, ulteriormente interpretati a livello nazionale.

<sup>60</sup> Secondo questo schema il concedente (società di *leasing*) è assimilato ad un mandatario che agisce in nome proprio e per conto del mandante, i.e. l'amministrazione. L'accostamento delle due figure contrattuali si ritrova fra l'altro anche nell'ambito di un consolidato indirizzo giurisprudenziale della Corte di Cassazione in materia di *leasing*.

finanziari, rispetto ai quali identificare stringenti requisiti soggettivi<sup>61</sup>, unitamente all'affidamento di servizi di gestione della proprietà,<sup>62</sup> relativi all'attività di supervisione della realizzazione dell'opera.

- in alternativa l'amministrazione potrebbe procedere ad indire una gara nel rispetto delle procedure di cui alla legge 109/94 e ss. mm. ii., per l'affidamento della progettazione, del finanziamento e della realizzazione e della gestione dell'infrastruttura, a Raggruppamenti Temporanei di Imprese (RTI) in grado di assolvere al meglio tutte le prestazioni in cui si sostanzia la complessità dell'affidamento e di sostenerne i connessi rischi.

Secondo questa impostazione si verificherebbe, peraltro, una fattispecie contrattuale mista di lavori e servizi, con conseguente applicazione della disciplina relativa al tipo di attività risultata prevalente. Al riguardo l'art. 3, comma 3 del d.lgs. 157/95, così come da ultimo modificato dal d.lgs. 65/00, stabilisce che "...nei contratti misti di lavori e servizi e nei contratti di servizi quando comprendono lavori accessori, si applicano le norme della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni qualora i lavori assumano rilievo economico superiore al 50%...", conformemente a quanto previsto dalla stessa legge 109/94 e ss. mm. ii., all'art. 1, comma 1, ultimo periodo.

Il vantaggio di quest'alternativa procedurale è rappresentato dal fatto che si sostanzia in un'unica procedura di evidenza pubblica, quantunque complessa, dalla quale scaturisce l'affidamento di un contratto misto ad un unico soggetto – il Raggruppamento Temporaneo di Imprese. Pertanto, qualora l'amministrazione sia stata in grado di identificare un solido *business case*<sup>63</sup> a sostegno dell'intera iniziativa, la negoziazione, propedeutica all'affidamento della concessione, sarà incentrata su una prudente allocazione dei rischi, che potranno essere adeguatamente temperati da eventuali meccanismi di premialità dei pagamenti per rendere più efficiente ed efficace la realizzazione e manutenzione dell'opera, in modo che l'amministrazione possa trarre, più velocemente, i vantaggi dell'affidamento della concessione basata su un'operazione di *leasing*.

<sup>61</sup> Vale qui ricordare che la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea ha ritenuto tassativi solo i requisiti soggettivi di carattere tecnico, in quanto eventuali restrizioni in merito potrebbero essere potenzialmente lesive della libertà di movimento di beni, servizi e persone stabilite nel Trattato UE, mentre considera i requisiti economici e quelli finanziari meramente esemplificativi dando così agio alle norme nazionali di recepimento, nonché alle stazioni appaltanti, di darne un'attuazione più restrittiva, qualora necessario nel caso di specie, purché nei limiti del rispetto del principio di proporzionalità.

<sup>62</sup> Questo tipo di servizi rientra nell'ambito di applicazione della Direttiva 92/50/CEE, che nell'Allegato I A fa riferimento, al n. 14, anche ai servizi di gestione delle proprietà immobiliari, di cui ai nn. da 82101 a 82106 della CPC.

<sup>63</sup> Si intende in questo caso la redazione un piano economico-finanziario per l'iniziativa che consenta all'amministrazione sia una valutazione della redditività dell'iniziativa sia una verifica dell'ammontare del corrispettivo che è chiamata a pagare in rapporto alle proprie disponibilità di bilancio ed al costo dei servizi "ausiliari".

Peraltro, l'impianto della legge non rende immediato il ricorso a questa soluzione, a causa di una serie di requisiti evidenziati nel capitolo 5, Parte I;

- l'amministrazione può, altresì, reperire in maniera disgiunta la componente finanziaria, procedendo dapprima ad un appalto di lavori pubblici, secondo le modalità ed i criteri di cui alla legge 109/94, ed, in un secondo tempo procedere ad un appalto di servizi ai sensi del d.lgs. 157/95 e ss. mm. ii. per reperire i mezzi destinati a finanziare gli stessi lavori dati in appalto. In quest'ultimo caso i rischi di costruzione e gestione dell'infrastruttura non possono, però, essere condivisi con gli enti finanziatori.

Quest'ultima alternativa - quantunque evocata dalla stessa Commissione delle Comunità Europee come perfettamente in linea con le norme comunitarie in materia di appalti pubblici e sebbene già sperimentata in Italia in alcuni progetti che, però, non sono stati oggetto d'analisi da parte dell'UFP - non sembra tener in giusto conto la natura unitaria del progetto-realizzazione di un'opera pubblica attraverso un'operazione di *leasing*. Ne risulterebbe penalizzato, soprattutto, l'aspetto dei vantaggi che si accompagnano all'uso di uno strumento unitario in termini di minori formalità, tempi di realizzazione più brevi e corretta allocazione dei rischi.

Le diverse ipotesi procedurali formulate possono tutte offrire spunti di riflessione, in quanto tese a soddisfare le peculiari esigenze e criticità generate dall'uso dello strumento contrattuale del *leasing* nel settore delle opere pubbliche. Tuttavia, prima di poter identificare una procedura che sia efficace, si ritiene necessario svolgere ulteriori approfondimenti, nonché verificare le ipotesi formulate alla luce di una precisa casistica. Solo a seguito di una "verifica sul campo" delle condizioni di fattibilità di operazioni come quelle qui ipotizzate sarà possibile identificare, con maggiore certezza, un percorso procedurale che meglio tuteli le esigenze dell'amministrazione e del mercato.

#### 2.4.4 Gli aspetti fiscali

La motivazione della scelta, da parte dell'amministrazione, del ricorso allo strumento del *leasing*, dovrà, in particolar modo, far riferimento al principio di economicità. Il *leasing* comporta per l'amministrazione un maggior costo dell'indebitamento rispetto al medesimo costo nel caso di contrazione di mutui presso istituti di credito. Il canone di *leasing*, nell'attuale quadro contabile e giuridico-amministrativo, ed a parità di importo dell'indebitamento, risulta, di norma, superiore ad una rata di ammortamento di un mutuo.

In questa prospettiva, l'amministrazione dovrà esplicitare adeguatamente le motivazioni del ricorso al modello contrattuale e finanziario del *leasing* per l'acquisto del bene.

Nell'esplicitare tali motivazioni, l'amministrazione, secondo le indicazioni fornite anche dalla Corte dei Conti, non solo dovrà valutare e motivare la necessità dell'opera o del bene da acquisire - ma dovrà anche valutare:

- la disponibilità di forme alternative di finanziamento, eventualmente meno onerose del *leasing* (mutui ordinari);
- l'esistenza in bilancio di finanziamenti adeguati per importo ed idonei alla copertura della spesa;
- la possibilità di ricorrere a forme alternative di realizzazione e finanziamento, quali, ad esempio, la concessione di costruzione e gestione.

L'esigenza di coniugare l'adeguata e chiara motivazione della scelta dello strumento del *leasing* con il maggior onere che questo può assumere, se paragonato con altre modalità di finanziamento, evidenzia una serie di criticità.

Il vantaggio fiscale che caratterizza lo strumento contrattuale e finanziario del *leasing* in modelli di PPP e di finanza di progetto, che vedono l'amministrazione solo come committente e non come locatario diretto (i modelli c.d. *tax based finance*), si traduce, in questo caso, in uno svantaggio economico e finanziario.

Sul piano finanziario, ovvero in termini di bilancio pubblico, il ricorso al *leasing*, aldilà delle ragioni di opportunità e necessità che possono essere poste a sostegno della scelta, tende ad aumentare la spesa per l'investimento per i maggiori oneri indotti dall'imposizione diretta che su questo grava (ad esempio IVA) con il conseguente effetto di compensare, in modo più che proporzionale, l'eventuale vantaggio finanziario derivante dall'applicazione di tassi d'interesse più contenuti che lo strumento del *leasing* può assicurare. La presenza di una società di *leasing* nei modelli in questione, offre ai finanziatori una gamma più ampia di garanzie e maggiore affidabilità, rispetto ad una società di progetto di nuova costituzione.

In termini economici per l'amministrazione, si determina, inoltre, un "costo aggiuntivo" rappresentato dalla maggiore attività amministrativa e dalla dispersione di liquidità che, nell'attuale quadro fiscale e di bilancio, comporta il ricorso al *leasing*, infatti:

- da una parte, si verifica una dispersione di liquidità dovuta al dover considerare, nel costo dei canoni, il maggior onere degli importi relativi dell'imposizione indiretta che gravano sull'operazione, con l'effetto per l'amministrazione di impegnare ed erogare risorse proprie che, rientrando nel bilancio dello Stato tramite l'Erario, non necessariamente potranno esserle riassegnate in dotazione;
- dall'altra, si rileva un maggior costo amministrativo per lo Stato, generato dalla gestione amministrativa del contratto di *leasing*, cui si aggiunge il costo amministrativo indotto dalla gestione delle entrate tributarie relative all'incasso dell'imposizione indiretta da parte dell'Erario.

La considerazione degli aspetti fiscali, assume, quindi, un rilievo incisivo ai fini della strutturazione di un modello di PPP incentrato sul *leasing* pubblico.

A fronte della situazione descritta, nel quadro normativo nazionale manca uno specifico quadro fiscale di riferimento per lo strumento del *leasing* che, come

formula di finanziamento, ha trovato larga diffusione in altri paesi europei (Francia, Gran Bretagna, Belgio).

Per poter favorire il ricorso al *leasing* anche da parte delle amministrazioni centrali, si rende, quindi, opportuno definire un profilo di neutralità fiscale (IVA, Imposta di registro e ICI) per le relative operazioni.

Si sottolinea come l'eliminazione di tale criticità consentirebbe all'amministrazione di disporre di un notevole volume di risorse, in quanto le società di *leasing*, società finanziarie ai sensi del d.lgs. 385/93 e ss. mm. ii. (c.d. "Legge Bancaria"), attribuiscono alle operazioni di *leasing* pubblico uno scarso livello di rischio che si concretizza in un fattore di ponderazione pari o prossimo allo zero<sup>64</sup>.

## 2.5 Conclusioni

### 2.5.1 Le possibili soluzioni nel quadro giuridico attuale

#### *Istituti Penitenziari*

Nell'ambito del quadro normativo in essere, al fine di consentire al Ministero della giustizia di condurre tutte le operazioni connesse all'utilizzo del *leasing* per l'acquisto e la ristrutturazione d'infrastrutture penitenziarie, pur considerando l'innovazione introdotta dal citato art. 145, comma 34, della legge finanziaria 2001, sembra essere necessario ricorrere ad un nuovo intervento normativo finalizzato, quantomeno, ad ovviare alle criticità rilevate in relazione alle disponibilità di bilancio.

La medesima sede normativa potrebbe anche rappresentare l'occasione per demandare a livello amministrativo il superamento, o la mitigazione, delle altre criticità segnalate in materia di affidamento e di contratto.

Alla luce del quadro normativo e di bilancio esaminato, si evidenziano le seguenti alternative:

- ricorso all'art. 23, comma 16, della legge 454/98, al fine di utilizzare lo strumento del *leasing*, d'intesa con l'amministrazione tributaria, attraverso variazioni compensative dell'unità previsionale di base "Funzionamento" dello stesso Ministero della giustizia per le spese relative al fitto di locali a favore dello stato di previsione del Ministero delle finanze, unità previsionale di base "Edilizia di Servizio" centro di responsabilità "Territorio". Tale percorso richiede, naturalmente,

---

<sup>64</sup> In Italia esistono circa 100 società e banche che svolgono attività di *leasing*, di queste 80 aderiscono all'associazione di categoria - ASSILEA - e 60 sono assoggettate alla vigilanza della Banca d'Italia. La maggior parte di queste ultime sono controllate da banche primarie e sono soggette all'ulteriore vigilanza della Banca d'Italia tramite la capogruppo. La vigilanza sulle società di *leasing* viene comunque esercitata su due livelli:

- Ministero del Tesoro - Bilancio tramite l'Ufficio Italiano Cambi per gli intermediari di ridotte dimensioni (Albo art. 106 della Legge Bancaria);
- Banca d'Italia per le società di *leasing* e le banche che esercitano tale attività con più ampi indici quantitativi (Albo art. 107 Legge Bancaria).

un'intesa circa le rispettive procedure d'attuazione e, probabilmente, un aumento degli stanziamenti ad oggi disponibili;

- *approvazione di una norma che autorizzi la spesa*, da parte del Ministero della giustizia, per l'acquisto d'immobili da adibire ad istituti di pena, nonché l'ampliamento e la ristrutturazione di quelli esistenti. Va sottolineato come il contenuto e l'articolazione di tale norma debbano essere coordinati con le attuali attribuzioni di competenza in materia di demanio statale. Per la copertura dei corrispondenti fabbisogni finanziari, si possono prefigurare le seguenti alternative:
  - istituzione di nuovi capitoli di spesa in unità previsionali, già in bilancio, dotati di risorse da individuarsi nel quadro delle attuali disponibilità di bilancio o nella prossima legge finanziaria e di bilancio. Tali norme dovrebbero prevedere: (a) la natura pluriennale della spesa; (b) gli stanziamenti annui disponibili e la relativa imputazione nelle opportune unità previsionali del Ministero della giustizia; (c) la possibilità d'impiego delle risorse tramite il ricorso agli strumenti del *leasing* e della finanza di progetto, ai sensi dell'art. 145, comma 34, della legge finanziaria 2001; (d) la possibilità da parte del Ministero dell'economia e delle finanze, di apportare con propri decreti le occorrenti variazioni di bilancio. A ciò si potrebbe aggiungere la previsione di procedure accelerate per la finalizzazione di varianti urbanistiche che dovessero rendersi necessarie;
  - attuazione di variazioni compensative tra unità previsionali di base finalizzate alle spese di funzionamento ed afferenti ai centri di responsabilità deputati nel bilancio del medesimo Ministero della giustizia, ovvero tra queste ultime ed unità previsionali finalizzate alle spese in conto capitale. Tali variazioni andranno effettuate a seguito della verifica delle risorse disponibili in bilancio per nuovi interventi e delle finalizzazioni già individuate per gli stanziamenti annuali nei fondi speciali di parte corrente/capitale (Tabella A e/o B della legge finanziaria);
  - esame, con il Ministero dei lavori pubblici<sup>65</sup>, della possibilità di utilizzare le risorse già stanziare sulla legge n.910/86, salvo modificarne con apposita norma le modalità di utilizzo, nella prospettiva di evitare un aggravio di costi per il bilancio pubblico.

#### *Istituti di custodia minorile*

Il quadro delineabile per l'acquisto/ristrutturazione delle infrastrutture per la custodia minorile differisce solo in parte da quello sin ora descritto per le infrastrutture penitenziarie<sup>66</sup>.

<sup>65</sup> Attualmente Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ai sensi del d.lgs. 300/99.

<sup>66</sup> Cfr. il precedente paragrafo 2.2.4.

Il modello di PPP proposto, si ritiene, infatti, applicabile anche per il comparto della custodia minorile in virtù della similarità delle procedure e delle competenze in materia di programmazione, finanziamento e realizzazione delle strutture di custodia minorile, con quelle dell'edilizia penitenziaria.

Sebbene il comparto, come evidenziato precedentemente, riveli caratteristiche che possono rappresentare un vantaggio rispetto alla situazione delineata per l'edilizia penitenziaria, anche in questo caso si rende opportuno introdurre, nell'attuale quadro normativo di settore, una specifica norma che disponga:

- la possibilità, per l'amministrazione, di ricorrere agli strumenti del *leasing* e della finanza di progetto anche per l'acquisto delle infrastrutture per la giustizia minorile, nonché la ristrutturazione e l'ampliamento di quelle esistenti; tale specificazione risulta opportuna nella misura in cui le disposizioni, di cui al citato art. 145, comma 34, della legge finanziaria 2001, riferite agli "istituti penitenziari", non sembrano essere applicabili anche alla giustizia ed ai servizi minorili;
- il conferimento di natura pluriennale alla spesa così autorizzata, facendo riferimento alle risorse stanziare con la legge finanziaria 2001 per spese in conto capitale (Centro responsabilità n.° 7 -UPB 7.2.1.1 - cap. 7181 - lire 25,5 miliardi);
- la possibilità da parte del Ministero del tesoro, bilancio e programmazione economica di apportare variazioni di bilancio con propri decreti qualora fosse necessario compensare le risorse di conto capitale con quelle di parte corrente o viceversa.

#### *Gli ulteriori approfondimenti necessari*

Si evidenzia che una piena comprensione delle implicazioni connesse alle opzioni indicate, nonché - a livello più generale - la definizione di chiare procedure attuative, da parte dell'Amministrazione, per l'applicazione degli strumenti del *leasing*, e più in generale della finanza di progetto, necessita di ulteriori riflessioni ed approfondimenti rispetto ad una serie di elementi quali:

- la qualificazione contabile, nel bilancio dello Stato, del *leasing* di immobili, e connessi servizi, in ragione delle politiche di controllo della spesa e di equilibrio di bilancio che il Governo intende perseguire;
- gli aspetti fiscali, al fine di verificare le modalità più idonee con cui definire per le operazioni in questione un profilo di "neutralità";
- la natura atipica dello strumento contrattuale, al fine di valutare l'opportunità di mantenerne un livello di flessibilità adeguato rispetto alle esigenze di certezza giuridico-amministrativa per l'amministrazione e per i soggetti privati;
- la natura di beni demaniali delle strutture ed i riflessi operativi che questo può avere;
- le eventuali implicazioni del quadro di riorganizzazione delle modalità di proprietà e gestione del demanio statale, definito dalla riforma del