

LIBERA UNIVERSITÀ INTERNAZIONALE DEGLI STUDI SOCIALI
LUISS – GUIDO CARLI



FACOLTÀ DI ECONOMIA

TESI DI DOTTORATO IN
ECONOMIA E TECNICA DI FINANZA DI PROGETTO

**IL PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO A SOSTEGNO DELL'EDILIZIA
PENITENZIARIA: IL LEASING PUBBLICO *IN COSTRUENDO***

TUTOR:
Ch.mo Prof. FRANCO FONTANA

CANDIDATO:
ANGELO DE ANGELIS

DOTTORATO DI RICERCA – XXI CICLO

*Per chi non ha recepito il senso di legalità e, quindi,
ha commesso reati, nulla è più disastroso che farlo
vivere in una situazione di palese contraddizione con
quanto astrattamente prescritto dalle leggi e quanto
concretamente attuato e vissuto in regime di
restrizione della libertà.*

INDICE

Introduzione	
1. Quadro normativo di riferimento degli interventi in materia di edilizia carceraria	12
1.1 Recenti interventi di natura straordinaria in materia di edilizia carceraria	17
1.2 Le competenze di spesa per la realizzazione delle strutture penitenziarie e per l'erogazione dei servizi di gestione	19
1.3 Classificazione degli istituti penitenziari.....	21
1.3.1 <i>Gli istituti di custodia minorile</i>	21
2. Il <i>leasing</i> finanziario immobiliare per la realizzazione delle opere pubbliche.....	23
2.1 Il contratto di <i>leasing</i>	23
2.2 Evoluzione normativa dell'istituto riferito alla p.a.	25
2.2.1 <i>I precedenti dell'Autorità di Vigilanza</i>	30
2.3 L'istituto del <i>leasing</i> pubblico recentemente introdotto dalla "legge finanziaria 2007"	32
2.4 <i>Leasing</i> immobiliare <i>in costruendo</i> : natura giuridica	37
2.5 La procedura di gara e la contrattualizzazione dell'appalto.....	39
2.6 Il piano economico finanziario	42
2.7 Il diritto di superficie e le procedure urbanistiche	43
2.8 Il riscatto	44
2.9 Il <i>Leasing</i> nello schema di Regolamento attuativo del Codice dei contratti pubblici.....	45
3.1 <i>Leasing</i> finanziario e Partenariato Pubblico Privato ("PPP")	49
3.1.1 <i>Il public sector comparator</i>	55
3.2 <i>Leasing</i> immobiliare e contratto di mutuo	57
3.3 Il <i>leasing</i> immobiliare pubblico come modulo alternativo alla finanza di progetto.....	58
3.4 Settori di applicazione del <i>leasing</i> rispetto a strumenti alternativi di finanziamento	62
3.5 La "permuta" quale corrispettivo per contribuire al finanziamento delle infrastrutture penitenziarie	64
4. Profili contabili delle operazioni di leasing e impatto sul bilancio pubblico delle p.a.	67
5. Conclusioni	72
BIBLIOGRAFIA.....	75
APPENDICI	77

Introduzione

Il presente lavoro trae spunto e si focalizza nella identificazione e verifica di ammissibilità degli strumenti di Partenariato Pubblico Privato, ed in particolare del *Leasing* immobiliare Pubblico cd. *in costruendo*, per la creazione di nuove strutture penitenziarie o per l'ampliamento di quelle esistenti.

Il sovraffollamento degli istituti di pena e l'attività di recupero dei detenuti e della loro qualità di vita, collocati come sono in un ambito di profondo degrado qual è quello che connota le attuali strutture penitenziarie italiane, rappresentano gli elementi costitutivi di una questione di estremo rilievo tanto politico e sociale quanto economico; profilo, quest'ultimo innegabilmente imprescindibile laddove s'intenda dare soluzioni a problemi di tale gravità perseguendo con efficacia ed efficienza l'obiettivo della realizzazione di un serio intervento di riordino e riorganizzazione del sistema di infrastrutturazione e gestione di dette strutture.

Il sovraffollamento penitenziario è ormai univocamente ritenuto un problema attuale e grave. Mai dal dopoguerra ad oggi così tanti detenuti in Italia¹, con la prospettiva concreta che entro breve si possa pervenire a quota 70 mila a fronte, di una capienza regolamentare di 44.055 posti (150% di quella regolamentare) e di una "tollerabile" di 66.476 (99% della tollerabile)²

L'obiettività e la delicatezza della questione la rendono non più suscettibile di strumentalizzazioni o di visioni parziali e proprio in quest'ottica occorre riflettere sullo

¹ V. Tabella 1 che segue.

² Secondo i dati diffusi ed elaborati dal Sindacato autonomo della polizia penitenziaria (Sappe), in collaborazione con Associazione Pianeta Carcere, un detenuto su tre nelle carceri italiane è straniero. In base ai numeri forniti dal DAP (Dipartimento Amministrazione penitenziaria) elaborati dal Centro Studi di Ristretti Orizzonti (cfr. <http://www.ristretti.it/>) il **19 febbraio 2010** i detenuti ospitati nei penitenziari della penisola erano **66.236**, di cui 24.608 sono cittadini stranieri (circa il 37,12%), mentre oltre 31.000 (il 50% del totale) di essi era in attesa di giudizio.

scottante problema dell'edilizia penitenziaria e sui possibili interventi da adottare, guardando come sempre più possibile il coinvolgimento dei privati³.

Tabella 1

Il sovraffollamento delle carceri italiane: la situazione attuale

Su base regionale il dimensionamento delle carceri appare gravemente insufficiente in almeno dieci regioni su venti...



- Il sovraffollamento delle nostre carceri - che presenta un saldo attivo di circa 700 persone al mese - è tale che può essere affrontato solo con gli strumenti previsti in caso di emergenza;
- La dichiarazione dello "stato di emergenza nazionale" - disposta da un apposito Decreto del 13 gennaio 2010 sulla base della legge 225/1992 - durerà fino al 31 dicembre 2010.
- Nel gennaio 2010 nelle carceri italiane si sono registrati circa 66.000 detenuti a fronte di una soglia regolamentare pari a circa 44.000 detenuti
- Secondo i dati trasmessi dagli istituti penitenziari italiani nel dicembre 2009, in tutte le regioni italiane la popolazione carceraria è superiore alla capienza regolamentare, tranne per l'Umbria e la Valle d'Aosta.

3

La auspicata riforma dell'Amministrazione Penitenziaria, se da una parte realizza un importante e completo rinnovamento ispirandosi ai principi di riqualificazione dei servizi amministrativi, tecnici e dei trattamenti sociali, educativi e assistenziali dei detenuti, di decentramento decisionale, di qualificazione del personale e di rafforzamento delle piante organiche, dall'altra determina l'esigenza di essere integrato da una specifica attività di individuazione e di applicazione di strumenti economico-finanziari innovativi per il settore penitenziario in grado di assicurare l'effettiva operatività della nuova macchina giudiziaria e di soddisfare la necessità di un adeguato livello di sicurezza della collettività.

³ L'80% delle 206 carceri italiane hanno oltre un secolo di vita (di queste il 20% risale addirittura al Medioevo).

Sotto tale profilo ad imporsi è la questione relativa al contenimento - nonché all'orientamento verso criteri di efficienza gestionale e di efficientamento del costo per detenuto - degli oneri di manutenzione e gestione degli istituti di prevenzione e pena che, a differenza delle suddette spese, gravano sulla spesa corrente. A tale proposito sorge l'esigenza, a fronte del noto ed irreversibile problema carceri/sicurezza sociale, di individuare ed adottare strumenti alternativi di reperimento di finanze facendo riferimento a progettualità tecnico-economico-finanziarie innovative nel settore dell'edilizia carceraria (almeno per il nostro Paese) fino ad ora oggetto di applicazione in altre aree amministrative e settori della nostra economia/infrastrutture.

Già in passato, per fronteggiare l'emergenza carceraria, il nostro legislatore aveva ipotizzato la realizzazione di interventi di edilizia penitenziaria e giudiziaria attraverso una politica di "privatizzazione" del settore⁴, piuttosto che lo studio e l'esame di mezzi e strumenti operativi in grado di soddisfare l'esigenza finanziaria che il settore pubblico non era in grado di soddisfare pienamente.

Il Governo ha ipotizzato che una parte significativa dei nuovi investimenti in infrastrutture di interesse pubblico possa essere finanziata direttamente con capitale privato, il cui coinvolgimento avverrà mediante la fornitura di capitale di rischio e l'emissione di prestiti finalizzati al finanziamento delle opere.

Nel più ampio ambito programmatico della Giustizia, si inserisce l'intervento normativo recante *"Misure legislative del Piano di azione per l'efficacia dell'organizzazione giudiziaria e del sistema penitenziario"* presentato dal Ministro della Giustizia, che prevedeva la predisposizione di un programma di interventi straordinari per la costruzione di nuovi edifici, l'adeguamento di quelli esistenti e la delocalizzazione di istituti penitenziari non ritenuti idonei per le condizioni strutturali e capienza, anche attraverso il ricorso a procedure

⁴ A tale scopo nel 2004 fu costituita la società veicolo Dike Aedifica S.p.A. ad intero capitale pubblico, controllata da Patrimonio dello Stato S.p.A., e sottoposta al Ministero della Giustizia, avente lo scopo di realizzare nuovi carceri anche attraverso la dismissione/permuto di quelli non più utilizzabili.

di **Leasing immobiliare pubblico**, del *Project financing*, nonché, in via residuale, dell'appalto congiunto per l'esecuzione dei lavori e la cessione di immobili (c.d. "permuta").

Una prima analisi della questione induce, dunque, a verificare, al pari di quanto già avvenuto in altri paesi di tradizione anglosassone, l'opportunità di ricorrere alle suddette forme alternative di finanziamento, quali appunto il *Leasing immobiliare in costruendo*, e al conseguente coinvolgimento del capitale/partner privato nell'affidamento in concessione di costruzione e gestione (ad eccezione dei servizi cd. "non istituzionalmente delegabili"), attraverso lo strumento alternativo del *Project Financing*.

Con l'introduzione, nel nostro ordinamento giuridico, dell'istituto del *Leasing* per la realizzazione di opere pubbliche, ad opera della legge finanziaria per il 2007 (L. n. 296/2006) e con la successiva trasposizione delle relative norme nell'art. 160-*bis* del Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, è a disposizione delle amministrazioni pubbliche un importante strumento per la realizzazione, l'acquisizione ed il completamento di opere pubbliche o di pubblico interesse che può indubbiamente aprire prospettive del tutto nuove nel settore.

Se, infatti, il *leasing* immobiliare pubblico può, in prima battuta, essere considerato un'alternativa all'appalto, qualora si verificano determinate condizioni esso viene a costituire una ulteriore modalità di realizzazione di infrastrutture pubbliche secondo schemi di Partenariato Pubblico – Privato ("PPP"). In tal senso esso può costituire una alternativa allo strumento della concessione di lavori pubblici, segnatamente per la realizzazione delle opere destinate all'utilizzazione diretta della pubblica amministrazione (cd. "opere fredde") ed in particolare per la realizzazione di quelle opere, quali gli istituti penitenziari, in cui risulti assente o scarso l'aspetto gestionale o per le quali sia più complesso prevedere l'erogazione dei servizi a carico del privato.

I principali obiettivi in materia di edilizia carceraria che gli organi competenti intendono perseguire possono essere sintetizzati nei seguenti:

- accelerazione dei tempi di realizzazione delle strutture: l'attuale sistema di finanziamento e di realizzazione dà luogo ad un ciclo di progettazione e realizzazione della durata media di 7-8 anni per le strutture penitenziarie e di 4-5 anni per quelle di custodia minorile, a fronte di un quadro delle esigenze di accoglienza ed assistenza della popolazione penitenziaria e dei minori il cui ciclo di variazione ha, invece, rispettivamente, una durata media di 3-4 anni per le prime e 1-2 anni per le seconde;

- riduzione della spesa corrente nel medio periodo, a fronte di un miglioramento qualitativo di servizi e strutture. Attualmente i servizi "ausiliari" - mensa, lavanderia, ecc.- vengono affidati tramite una pluralità di procedure di appalto e non secondo una logica di *global service - appalti* di lavori - o di *facility management - appalti* di servizi modalità che potrebbero migliorarne il profilo di costo e di qualità;

- dilazione temporale degli impegni di spesa, di conto capitale e di parte corrente, ai fini di una effettiva programmazione di medio termine della stessa facendo riferimento a tempi e costi, certi e definiti, per la realizzazione e la manutenzione delle strutture.

Per far fronte all'emergenza sovraffollamento ed alle impellenti esigenze infrastrutturali, il Ministero della Giustizia ha predisposto, sentito il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, un Piano di interventi di edilizia penitenziaria straordinario⁵ da attuare secondo un ordine di priorità prestabilito suscettibile di essere modificato in base alla concreta fattibilità delle singole opere da realizzare ed alla disponibilità delle relative risorse finanziarie⁶.

⁵ V. Tabella 2 che segue.

⁶ Del "Piano Straordinario per l'Edilizia Penitenziaria", meglio conosciuto come "**Piano Carceri**", si è iniziato a parlare il 7 novembre 2008. Esso prevede la costruzione di nuovi penitenziari cd. "a radiante" e l'ampliamento di molte strutture già esistenti per la creazione di 20.000 nuovi posti. Secondo l'ultima versione del Piano carceri predisposta dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, datata 13 ottobre 2009, il piano prevede la realizzazione di 24 nuovi penitenziari, di cui 9 "flessibili" (vale a dire di prima accoglienza o destinati a detenuti con pene lievi, con controlli sulle mura di cinta affidati alla sola videosorveglianza) costruiti nelle grandi aree metropolitane (Milano, Napoli, Bologna, Torino, Firenze, Roma, Genova, Catania e Bari), a cui se ne aggiungono altri 8 in aree strategiche (Pordenone, Pinerolo, Paliano, Bolzano, Varese, Latina, Brescia e Marsala), anch'essi flessibili e

Tabella 2

Il Piano Carceri 2010

Pilastri d'intervento	Tipologia d'intervento	Modalità d'intervento	Obiettivi
Ampliamento delle strutture esistenti	Costruzione di nuovi padiglioni	Leasing immobiliare <i>in costruendo</i>	Costruzione di 47 nuovi padiglioni affiancati a strutture carcerarie esistenti
Creazione di nuove strutture	Costruzione di nuove strutture	Project financing	Costruzione di 18 nuovi istituti "flessibili"
Interventi normativi per la detenzione domiciliare	Normativo	Potenziamento delle forze di Polizia Penitenziaria	Assunzione di 2.000 nuovi agenti di polizia penitenziaria
Lavori di pubblica utilità svolti dai detenuti			

Indubbiamente, oltre all'inadeguatezza delle strutture penitenziarie, va rilevato che anche le note lungaggini processuali rappresentano una delle principali cause fattori che determinano il sovraffollamento degli istituti penitenziari italiani, in molti casi purtroppo asserviti a veri e propri parcheggi di imputati in attesa di un giudizio definitivo.

ciascuno da 450 posti, per una spesa totale di 408 milioni di euro, e da realizzare seguendo le procedure veloci utilizzate per le nuove case dell'Aquila. E ancora: altre 7 carceri tradizionali sono previste a Roma, Milano, Nola, Sciacca, Sala Consilina, Venezia e Savona (4.429 posti e 613milioni di euro totali), ai quali si sommeranno 47 nuovi padiglioni in penitenziari già esistenti).

In tale contesto, l'adozione di misure alternative alla detenzione assume un'importanza crescente nel panorama giuridico e stimola il dibattito tra le diverse forze politiche.

In Italia, l'attuale Ministero della Giustizia, punta sull'applicazione del regime della messa in prova ai lavori utili (con eventuale estinzione del reato) ai condannati ad una pena fino a due anni.

Si tratta di una misura già prevista in diversi paesi del Consiglio d'Europa (Andorra, Austria, Belgio, Cipro, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Islanda, Lussemburgo, Moldova, Norvegia, Paesi Bassi Polonia, Portogallo, Spagna, Svezia, Svizzera e Regno Unito) e in via di introduzione in altri che, secondo i dati forniti dalla Direzione dell'Amministrazione Penitenziaria - DAP, potrebbero aprire le porte del carcere a 6.036 detenuti italiani.

Bisogna peraltro sottolineare che anche l'Unione europea crede che le misure alternative di detenzione rappresentino la via preferenziale per la riabilitazione dei condannati. Reinserimento nella società della persona condannata, diminuzione della popolazione carceraria e monitoraggio costante del comportamento dell'autore di un reato che usufruisce di sanzioni sostitutive alla pena detentiva o di misure di sospensione condizionale, sono, infatti, i principali obiettivi perseguiti dall'Ue, che, con la decisione quadro 2008/947/Gai del 27 novembre 2008, mira all'introduzione, nei singoli Stati membri, del principio del reciproco riconoscimento per quanto riguarda le sentenze e le decisioni di sospensione condizionale. Strumento, questo, che, una volta a regime, obbligherà le autorità nazionali dei Paesi membri a predisporre strutture per monitorare la corretta esecuzione delle misure sostitutive al carcere, in attuazione di decisioni prese dalle autorità nazionali di altri Stati. In questo modo, anche se non previste nell'ordinamento giuridico interno, misure come la messa in prova o il monitoraggio elettronico, faranno ingresso negli Stati membri (*Il Sole-24Ore*, 5 gennaio 2010).

Ad ogni modo, la messa in prova, così come attualmente formulata (l'ipotesi originaria, va ricordato, prevedeva l'estensione del beneficio ai condannati a pene fino a quattro anni di reclusione), consentirebbe esclusivamente un affievolimento del fenomeno del sovraffollamento. Infatti, il numero di detenuti rimessi in libertà non sarebbe sufficiente a garantire una dignitosa permanenza per gli altri, il cui ammontare complessivo risulterebbe, ancora una volta, superiore alla capienza regolamentare.

Pertanto, è necessario affiancare all'adozione di misure alternative la realizzazione di nuove strutture carcerarie ed interventi di ammodernamento delle strutture esistenti. A tal fine, partendo da quanto di buono già realizzato nell'edilizia ospedaliera, si potrebbe ricorrere a partnership di tipo pubblico-privato: una di queste formule adottabili risiede proprio nel *leasing* immobiliare pubblico.

* * * *

Nell'ambito dello scenario sopra delineato, il presente lavoro si propone, nei vari capitoli che seguono, di:

- 1) delineare un quadro generale dei vari modelli introdotti dal legislatore per agevolare la realizzazione di nuove strutture carcerarie;
- 2) fornire elementi per verificare l'opportunità e la convenienza di perseguire gli obiettivi di infrastrutturazione carceraria attraverso l'istituto del *leasing pubblico in costruendo*, ovvero, in comparazione, del *project finance* e della permuta;
- 3) tracciare delle linee guida operative della procedura amministrativa del *Leasing* pubblico da seguire per l'acquisizione di nuove strutture carcerarie, in condizioni di trasparenza e nel rispetto della *par condicio* tra i concorrenti.

1. Quadro normativo di riferimento degli interventi in materia di edilizia carceraria

Il problema dell'ammmodernamento e potenziamento delle strutture carcerarie fu affrontato per la prima volta in modo organico dalla **legge 12 dicembre 1971, n.1133**, che autorizzò la spesa di 100 miliardi di lire in cinque anni per la realizzazione di *“un programma per la costruzione, il completamento, l'adattamento e la permuta degli edifici destinati ad istituti di prevenzione e pena”*.

Il programma degli interventi ed il loro ordine di priorità furono inizialmente definiti con decreto del Ministro di grazia e giustizia di concerto con il Ministro dei lavori pubblici in data 30 marzo 1972: con successivi analoghi provvedimenti la formulazione originaria del piano – che è tuttora operativo – è stata ripetutamente modificata, sia sotto il profilo qualitativo e quantitativo sia in termini finanziari, al fine di utilizzare le ulteriori risorse stanziare in prosieguo di tempo dal legislatore.

Un primo rifinanziamento del programma intervenne con la **legge 1° luglio 1977, n.404**, che autorizzò la spesa di 400 miliardi di lire nel periodo 1977-1982, articolando la ripartizione dei fondi su base regionale e disponendo – tra l'altro – l'accantonamento di una quota non superiore al 5% per attività di studio, progettazione e tipizzazione, *“anche al fine di costituire un patrimonio-progetti e di avviare procedure di appalto per modelli, con particolare riguardo all'edilizia industrializzata...”* (art.9).

La difficile stagione politica vissuta dal nostro Paese alla fine degli anni '70 (i c.d. “anni di piombo”) per la recrudescenza del terrorismo interno produsse una serie di criticità in seno al sistema carcerario, soprattutto in termini di separazione dei detenuti politici da quelli comuni e di apprestamento in tempi brevi di particolari strutture di custodia e detenzione, con caratteristiche di massima sicurezza.

Per rispondere all'emergenza terrorismo la **legge 24 aprile 1980, n.146 (legge finanziaria 1980 – art.25)** autorizzò un primo stanziamento-tampone di 150 miliardi di lire,

interamente assorbiti dal reintegro di finanziamenti, stornati in via d'urgenza dagli ordinari interventi del piano, per il completamento di alcune opere di importanza strategica.

Molto più consistenti furono le risorse recate dalla **legge finanziaria 1981 (legge 30 marzo 1981, n.119 – art.20)**, che destinò 1.050 miliardi di lire in tre anni – oltre che al completamento delle opere già avviate –alla predisposizione di *“un programma aggiuntivo di rinnovamento delle strutture penitenziarie”*.

Tenuto conto del mutato contesto operativo, tale strumento programmatico (approvato con D.I. 1° giugno 1981) abbandonò il criterio di riparto su base regionale, precedentemente seguito, elencando un gruppo di 54 nuove opere (di cui solo 31 finanziate) in ordine di precedenza, previo stralcio di 20 nuovi interventi già programmati e contestuale soppressione di numerosi lavori di ristrutturazione degli istituti esistenti.

Tali scelte furono determinate, altresì, dalla notevole divaricazione tra le somme originariamente stanziare e l'effettivo fabbisogno dei lavori per effetto dell'abnorme incidenza della revisione-prezzi, connessa alle forti tensioni inflazionistiche dei primi anni '80.

L'effetto destabilizzante sulle previsioni del piano trovò riscontro nella successiva legge finanziaria 1983 (legge 26 aprile 1983, n.130), che dispose la rimodulazione degli stanziamenti recati dalla legge n.119/1981 fino al 1984.

Proprio alla fine di quest'ultimo esercizio la **legge 22 dicembre 1984, n.887 (legge finanziaria 1985 – art.11, commi 1 e 2)** dispose uno stanziamento aggiuntivo di 530 miliardi di lire in tre anni per interventi straordinari di edilizia penitenziaria *“da realizzare almeno per il 70% mediante utilizzazione di strutture industrializzate”*.

Il relativo programma, messo a punto nel corso del 1985 e approvato con D.I. 11 novembre 1985, aveva come scopo *“la realizzazione, in tempi brevi, di edifici penitenziari aventi caratteristiche custodiali attenuate, finalizzate anche al trattamento rieducativo (al di sotto dei*

venticinque anni)...,nonché la realizzazione di strutture di servizio e di semilibertà in istituti esistenti”.

Dopo alcune incertezze operative, con decreto interministeriale 8 aprile 1986 le due Amministrazioni ritennero di affidare la realizzazione dell'intero programma ad una società a partecipazione statale, *“in considerazione del carattere di segretezza delle opere”* e al dichiarato scopo di *“assicurare un’unitaria, organica e uniforme attuazione degli interventi su tutto il territorio nazionale”*.

Il Ministero dei lavori pubblici stipulò, quindi, una convenzione con una Società del Gruppo IRI-ITALSTAT per la progettazione ed esecuzione, in regime di concessione, delle opere di cui ai gruppi A, B e C del programma, con un impegno di spesa di 480 miliardi di lire; la restante somma di 50 miliardi fu assegnata ai Provveditorati regionali alle OO.PP. per interventi di ristrutturazione di edifici penitenziari esistenti e per la costruzione di cappelle per l'esercizio del culto (gruppi D ed E del programma medesimo).

Nel contempo, per fronteggiare le crescenti occorrenze delle opere in corso inserite nel programma ordinario la **legge 7 marzo 1985, n.99 (art.4)** autorizzò la spesa di 500 miliardi in due anni, riservando una quota non inferiore al 10% di tale stanziamento alla manutenzione ed al miglioramento delle condizioni igienico-sanitarie degli istituti di prevenzione e pena già esistenti.

Ulteriori risorse, pari a 1.000 miliardi di lire nel quadriennio 1986-1989, sono state recate dalla **legge 28 febbraio 1986, n.41 (legge finanziaria 1986 – art.13, comma 1)** per il completamento anche funzionale degli interventi in fase di esecuzione.

Le perduranti difficoltà realizzative di numerosi istituti e le nuove esigenze emerse in prosieguo di tempo (sostituzione di strutture carenti, adeguamento della ricettività penitenziaria di alcune regioni, recepimento di nuovi *standards* tecnico-esecutivi, ecc.) indussero le Amministrazioni interessate ad un riesame globale del programma ordinario di

edilizia penitenziaria, allo scopo di utilizzare al meglio il cospicuo finanziamento di 1.600 miliardi di lire del quadriennio 1987-1990, disposto dalla **legge 22 dicembre 1986, n.910 (legge finanziaria 1987 – art.7, comma 6)** per i lavori in corso *“e per le opere ancora da avviarsi”*.

Con procedura non dissimile da quella adottata nel 1981, furono stralciati dal programma ben 21 nuovi istituti e fu predisposto, e approvato nell'importo di 780 miliardi di lire, un programma integrativo di nuove opere, destinate a sostituire le vecchie strutture esistenti nelle città di Milano (S.Vittore), Napoli (Poggioreale), Genova (Marassi) e Venezia (S.Maria Maggiore); era anche previsto il potenziamento della dotazione di strutture detentive nelle regioni Calabria, Campania e Lombardia, nonché l'incremento delle strutture della giustizia minorile nell'Italia meridionale⁷.

L'*impasse* verificatasi nell'attività amministrativa per effetto del c.d. “scandalo delle carceri d'oro” (cfr. nota 5) si protrasse per oltre un anno e mezzo, poiché solo nell'ottobre del 1988 le due Amministrazioni interessate costituirono un gruppo di lavoro per la definizione dei criteri di acquisizione dei progetti delle nuove opere previste dal citato piano integrativo.

Negli anni seguenti, fino al 1999, le successive leggi finanziarie si sono limitate costantemente a disporre la rimodulazione dei fondi stanziati dalle menzionate leggi n.41 e n.910 del 1986 con l'unica eccezione di un intervento urgente per la riqualificazione dei penitenziari di Pianosa e Asinara, finanziato per 70 miliardi di lire dal **D.L. n.369/1992 convertito dalla legge 30 ottobre 1992, n.429**.

⁷ La realizzazione di tale programma fu caratterizzata da una particolare vicenda, poiché il Ministro *“pro tempore”* dei lavori pubblici dispose l'avocazione all'Amministrazione centrale della progettazione ed esecuzione dei 13 nuovi istituti ivi previsti (per una spesa complessiva di 720 miliardi di lire), al fine di “assicurarne la pronta e sollecita realizzazione mediante l'adozione di uniformi criteri tecnologici e tipologici”. Peraltro, gli incarichi di progettazione conferiti unilateralmente ad alcune imprese in vista dell'affidamento in concessione dei lavori furono poi annullati dal successivo Ministro, in quanto il Consiglio di Stato – espressamente interpellato (Sez. II – parere n.1680/87 del 26.8.1987) - li aveva ritenuti illegittimi per mancata acquisizione del concerto del Ministro di grazia e giustizia ai sensi dell'art.5, comma 1, della legge n.1133 del 1971.

Solo con la **legge 23 dicembre 1999, n.488 (legge finanziaria 2000)** viene disposta l'ulteriore autorizzazione di spesa di 45 miliardi di lire, da destinare al completamento, anche funzionale, delle opere già avviate o anche da avviarsi nell'ambito del programma ordinario.

Con la medesima motivazione la successiva **legge 23 dicembre 2000, n.388 (legge finanziaria 2001)** ha recato risorse aggiuntive per 800 miliardi di lire, nel triennio 2001/2003.

L'art. 145, comma 34, della legge ha inoltre autorizzato il Ministro della giustizia a predisporre "l'elenco degli istituti penitenziari ritenuti strutturalmente non idonei alla funzione propria e per i quali risulti necessaria o conveniente la dismissione". La citata norma – tra l'altro – ha precisato che l'Amministrazione, per l'acquisizione di nuovi istituti, può avvalersi degli strumenti della locazione finanziaria, della permuta e della finanza di progetto.

Da ultimo, la **legge 28 dicembre 2001, n.448 (legge finanziaria 2002)** ha rifinanziato il programma ordinario di edilizia penitenziaria in ragione di 51.646.000,00 euro per il triennio 2002-2004. Le successive leggi finanziarie n.289 del 27 dicembre 2002 e n.350 del 24 dicembre 2003 si sono limitate - rispettivamente – a confermare per il 2003 e a rimodulare per il 2004 l'articolazione degli stanziamenti disposta dalla citata legge n.448/2001.

Per completezza occorre aggiungere che, in sede di conversione del **D.L. n.201/2002, la legge 14 novembre 2002, n.259** recante "Misure urgenti per razionalizzare l'Amministrazione della giustizia" ha previsto (art.6) anche interventi urgenti per il potenziamento delle strutture dell'Amministrazione penitenziaria.

In particolare, il Ministro della giustizia è stato autorizzato a predisporre – sentito il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti – *"un piano straordinario pluriennale di interventi per l'acquisizione e per l'adeguamento strutturale di edifici, opere, infrastrutture ed impianti indispensabili al potenziamento del settore penitenziario, utilizzando prioritariamente gli strumenti*

previsti dall'art.145, comma 34, lett.c) della legge 23 dicembre 2000 n.388, per un onere complessivo pari a euro 93.326.896,00".

Lo stesso decreto (v. art.9), ha poi autorizzato per l'attuazione del suddetto piano un impegno di spesa in euro 10.694.896 per l'anno 2002 e di euro 20.658.276 per ciascuno degli anni dal 2003 al 2006.

1.1 Recenti interventi di natura straordinaria in materia di edilizia carceraria

Un significativo stanziamento è stato disposto dal **Cipe** con propria **Delibera n. 3 del 6 marzo 2009**, pubblicata nella G.U. n. 129 del 6 giugno 2009, che ha assegnato al Fondo infrastrutture 5 miliardi di euro, di cui 200 milioni di euro riservati all'edilizia carceraria.

Conseguentemente il **Cipe**, con **Delibera del 31 luglio 2009**, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 16 novembre 2009, in recepimento del "*Programma straordinario per il finanziamento di istituti penitenziari in corso di costruzione*" elaborato dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, ha definitivamente assegnato i suddetti 200 milioni di euro all'edilizia carceraria.

Il Programma include otto opere, attualmente in corso di completamento: si tratta dei nuovi istituti penitenziari di Cagliari, Sassari, Tempio Pausania, Oristano, Forlì, Rovigo, Savona e Reggio Calabria, che aumenteranno la capacità totale a 2.095 posti. Il costo complessivo degli interventi indicati ammonta a 503,3 milioni di euro; le risorse attualmente disponibili sono pari a 262,2 milioni di euro⁸.

⁸ Per l'istituto di Savona i lavori sono già appaltati, e saranno consegnati a inizio 2010; per quello di Reggio Calabria invece, il contratto per l'affidamento dei lavori è stato rescisso e si sta procedendo a una nuova aggiudicazione. Per queste due strutture, i finanziamenti richiesti a valere sul Fondo infrastrutture consentiranno di rendere funzionali i soli lotti in corso di realizzazione, rimanendo da finanziare, per il completamento delle opere, un fabbisogno pari rispettivamente a circa 30,5 e 10,5 milioni di euro, per complessivi 41 milioni di euro.

Le somme saranno corrisposte al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti secondo modalità temporali compatibili con i vincoli di finanza pubblica correlati all'utilizzo delle risorse del Fondo infrastrutture.

Con legge dello Stato **26 febbraio 2010, n. 26**, pubblicata in GU il 27/02/2010, il decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 195, recante *“disposizioni urgenti per la cessazione dello stato di emergenza in materia di rifiuti nella regione Campania, per l'avvio della fase post emergenziale nel territorio della regione Abruzzo ed altre disposizioni urgenti relative alla Presidenza del Consiglio dei Ministri ed alla protezione civile”* e' stato convertito in legge.

La legge, contiene, tra le altre, le norme per l'attuazione del **Piano Carceri**, in deroga alla normativa urbanistica e a quella sugli espropri e con procedure semplificate per la localizzazione dei siti e per lo svolgimento degli appalti, della cui attivazione in un primo momento avrebbe dovuto occuparsi la contestata società pubblica *“Protezione Civile Servizi SpA”*, poi soppressa.

Secondo le nuove norme, il Commissario straordinario per l'emergenza carceri (poteri attribuiti al capo del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria ai sensi dell'articolo 20 del DL 185/2008), d'intesa con le Regioni e sentiti i sindaci dei Comuni interessati, provvederà alla localizzazione delle aree destinate alla realizzazione di nuove carceri, anche in deroga alle vigenti previsioni urbanistiche. La localizzazione comporterà dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza delle opere e varrà come decreto di occupazione d'urgenza delle aree individuate. Costituirà altresì variante (se necessaria) agli strumenti urbanistici e vincolo preordinato all'espropriazione. Inoltre, in deroga all'articolo 18 del Codice degli Appalti, sarà consentito subappaltare le lavorazioni della categoria prevalente fino al 50%.

1.2 Le competenze di spesa per la realizzazione delle strutture penitenziarie e per l'erogazione dei servizi di gestione

Le attuali competenze di spesa per la realizzazione e la gestione delle strutture penitenziarie risultano allocate come di seguito descritto.

Ministero competente	Tipologia di spesa	Qualificazione della spesa	Bilancio dello Stato - Tabella	Unità Previsionale di base
MINISTERO INFRASTRUTTURE	Opere edilizie	Conto capitale	Tab. 08	U.P.B.-6.2.1.6.
MINISTERO GIUSTIZIA	-Acquisto, installazione impianti ed attrezzature - Manutenzione straordinaria e restauro immobili - acquisti beni mobili -Mantenimento, assistenza, rieducazione e trasporto detenuti -Manutenzione ordinaria opere, impianti ed attrezzature - Locazione superfici	Corrente	Tab. 04 Tab.04	U.P.B. 5.2.1.1. U.P.B. 5.2.1.2. U.P.B. 5.2.1.1. U.P.B. 5.2.1.3. U.P.B. 5.1.2.1. U.P.B. 5.1.1.1. U.P.B. 5.1.1.1.

Fonte: Bilancio previsionale dello Stato

Fanno capo al Ministero della giustizia anche le spese relative al personale amministrativo e di custodia che opera negli istituti penitenziari, così come le spese relative al personale giudiziario ivi operante.

Dato di rilievo ai fini dell'impostazione del ragionamento nei termini di partenariato pubblico-privato, è il costo medio giornaliero per detenuto. Tale parametro corrisponde al costo che lo Stato sostiene per ogni singolo detenuto in ragione dell'accoglienza, dell'assistenza, del mantenimento e della custodia dello stesso, ovvero all'esercizio del servizio di custodia, detenzione e pena.

Per determinare tale dato si può fare riferimento agli stanziamenti di bilancio dell'amministrazione penitenziaria: nello specifico tale parametro risulta in crescita, infatti, per l'anno 2000 risulta pari a 117,00€/giorno e per l'anno 2008 pari a 157,00€/giorno.

Costo medio giornaliero singolo detenuto	2000	2008
Bilancio Amm.ne Penitenziaria (€)	2.213 mld	2.976 mld
Presenza media annua dei detenuti	53.322	53.410
Costo medio giornaliero (€) *	115,00	157,00
Vitto: diaria giornaliera per ogni detenuto (€) **	1,25	3,15

Fonte: Ministero della giustizia, DAP - Servizio per l'informatica e la Statistica (Bollettino Penitenziario giugno 2009).

(*) Il costo medio giornaliero per singolo detenuto è stato calcolato dividendo il bilancio delle spese della Amministrazione Penitenziaria per la presenza media detenuti ed il tutto suddiviso per i 365 giorni dell'anno.

(**) Le forniture alimentari per il vitto ai detenuti vengono assegnate tramite bandi di gara indetti da ogni Provveditorato Regionale dell'Amministrazione Penitenziaria. L'appalto ha durata triennale e quello in vigore copre gli anni 2008/2010.

I servizi che l'amministrazione eroga, a favore della popolazione penitenziaria, possono essere riclassificati secondo lo schema seguente:

Fruibilità delle strutture →	ENERGIA, GAS, TELEFONI, RISCALDAMENTO/CONDIZIONAMENTO MANUTENZIONE ORDINARIA OPERE, IMPIANTI ED ATTREZZATURE
Custodia detenuti →	SERVIZIO POLIZIA PENITENZIARIA e TRADUZIONI
Assistenza ai detenuti →	EDUCAZIONE, ASSISTENZA SANITARIA, ASSISTENZA SOCIALE, ASILI NIDO, LAVANDERIA, MENSA, PULIZIA LOCALI
Assistenza e mantenimento detenuti →	LAVANDERIA, MENSA, PULIZIA LOCALI COMUNI (*), CULTURA, ATTIVITA' RICREATIVE, RIABILITAZIONE

*Il servizio di pulizia delle celle è effettuato direttamente dai detenuti e da loro cooperative

Tra i servizi elencati, solo alcuni vengono affidati all'esterno (appalto di servizi), quali, ad esempio, il servizio mensa e lavanderia, e sono individuabili come servizi "ausiliari" e non di tipo principale (i.e.: servizi di natura "custodiale").

1.3 Classificazione degli istituti penitenziari

Alla luce della normativa vigente, le strutture penitenziarie si configurano come:

- "opere pubbliche", la cui realizzazione avviene mediante il tradizionale appalto di lavori pubblici con finanziamento a totale carico dello Stato;
- "strutture gestite in via diretta, sempre, dallo Stato" (Ministero della giustizia) che si fa carico delle spese per:

(a) la gestione e la manutenzione ordinaria di immobili, impianti, attrezzature;

(b) i servizi necessari a garantire il funzionamento delle strutture e volti ad assicurare l'accoglienza, l'ospitalità, il mantenimento e la custodia dei detenuti.

La legge 26 luglio 1975, n. 345, classifica gli istituti penitenziari nel seguente modo:

- Istituti di custodia preventiva (case mandamentali e circondariali);
- o Istituti per l'esecuzione delle pene (case di arresto, case di reclusione);
- Istituti per l'esecuzione delle misure di sicurezza detentive, nel cui ambito sono istituiti i Centri di servizio sociale;
- Centri di osservazione.

1.3.1 *Gli istituti di custodia minorile*

Allo stato attuale, il Ministero della giustizia finanzia, realizza e gestisce gli istituti di custodia minorile in via diretta, mediante l'Ufficio Centrale per la Giustizia Minorile, utilizzando risorse stanziare e disponibili sulle unità previsionali di base di competenza (Centro di responsabilità n. 7-Giustizia minorile-capitoli relativi all'acquisto/ realizzazione di immobili, impianti ed attrezzature e alle relative spese di funzionamento - UPB 7.1.1.0, 7.2.1.1. e 7.2.12).

Nel caso della custodia minorile vanno, tuttavia, evidenziati alcuni elementi e caratteristiche più favorevoli alla finanza di progetto rispetto alla situazione descritta ed analizzata per il comparto degli istituti penitenziari nei termini di allocazione delle competenze e delle responsabilità di spesa, e di modalità di utilizzazione delle strutture. Infatti, il comparto:

- sul piano delle competenze di bilancio, è caratterizzato dall'allocazione di tutti i capitoli di spesa, in conto capitale e corrente, presso il Dipartimento dei servizi minorili del Ministero della giustizia, che utilizza sempre i Provveditorati OO.PP. per la progettazione e la realizzazione di strutture;
- sul piano delle modalità di utilizzazione delle strutture e dei relativi servizi è caratterizzato da un maggior grado di flessibilità, pur nel rispetto del vincolo di destinazione pubblica dei beni.

Il sistema di custodia minorile opera secondo il principio del "recupero" dei minori, le relative strutture svolgono una funzione di "stretta sorveglianza" e "adeguata" accoglienza in stretto coordinamento con il servizio di assistenza sociale e le famiglie dei minori. Solo a determinate condizioni e in determinati casi, le medesime strutture svolgono la funzione di detenzione.

Inoltre, la gamma di servizi erogati nelle strutture di custodia minorile è più ampia rispetto a quella erogata nelle strutture penitenziarie, anche se occorre sottolineare che si tratta, comunque, di servizi di tipo "principale" (educazione, assistenza sociale, giudiziari e di polizia).

2. Il *leasing* finanziario immobiliare per la realizzazione delle opere pubbliche

2.1 Il contratto di *leasing*

Il contratto di *leasing* (o locazione finanziaria) è un contratto di finanziamento che consente ad un soggetto, in cambio del pagamento di un canone periodico, di avere la disponibilità di un bene, mobile o immobile, strumentale all'esercizio della propria attività, con la possibilità di riscattarlo, una volta che sia scaduto il termine previsto dal contratto⁹.

Il termine locazione finanziaria evidenzia la caratteristica dell'operazione economica che lo scopo di far acquisire all'utilizzatore la disponibilità di beni atti a sviluppare la propria attività senza dover erogare in un'unica soluzione il prezzo e senza assumere il rischio conseguente all'acquisto della proprietà.

Il contratto, che da un punto di vista giuridico oscilla tra i poli opposti della locazione e della vendita a rate, ha tuttavia una propria causa unitaria ed autonomia caratterizzata dalla funzione creditizia, perché con tale contratto l'utilizzatore usufruisce per la propria attività di due fattori altrui, cioè il bene e il capitale iniziale, cosicché sotto questo aspetto, il *leasing* svolge una chiara *funzione di finanziamento*¹⁰.

Infatti, il pagamento di un canone non è il corrispettivo per la locazione del bene, quanto una modalità pattizia di restituzione di un finanziamento che si presuppone avvenuto per una somma corrispondente al valore dell'operazione economica posta in essere, il quale è la risultante del costo del bene comprensivo dell'ammortamento, dell'interesse sul capitale investito, dell'utile e delle spese del concedente.

Il contratto si configura come un'operazione trilaterale, in quanto vede coinvolti i seguenti tre soggetti:

⁹ Cfr. L. 2 maggio 1976, n. 183, art. 17 (Norme concernenti la locazione finanziaria di attività industriali).

¹⁰ Cfr. Francesco Gazzoni, "*Manuale di diritto privato*", 2004, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.

- l'utilizzatore (*lessee*) del bene;
- il concedente (*lessor*), cioè la società di *leasing*, che acquista il bene e ne mantiene la proprietà sino al momento del riscatto;
- il fornitore del bene.

Con il termine di *leasing* si fa generalmente riferimento, in Italia, al *leasing* finanziario, quale contratto atipico e, come tale, disciplinato dall'art. 1322 del Codice Civile¹¹.

Altre forme di *leasing* sono:

- il ***leasing operativo***¹², caratterizzato dalla mancanza dell'opzione di riscatto al termine del contratto. In tal caso è lo stesso produttore del bene che lo concede in locazione per un canone che corrisponde generalmente alla entità dei servizi offerti dal bene stesso e non è in relazione con la sua durata economica¹³;
- il ***lease-back*** (c.d. locazione finanziaria di ritorno), contratto in base al quale un soggetto vende un bene alla società di *leasing* che, a sua volta concede lo stesso bene in *leasing* al soggetto venditore¹⁴.

¹¹ Tale norma sancisce l'autonomia contrattuale delle parti prevedendo che le stesse possano concludere contratti non appartenenti ai tipi regolati da una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

¹² Per la distinzione tra *leasing* finanziario e *leasing* operativo nella giurisprudenza cfr: Cass. civ., sentenze n. 5569, 5571, 5573, 5574, del 13 dicembre 1989; Cass. Civ., Sez. I, sentenza n. 1731 del 22 febbraio 1994.

¹³ Il *leasing* operativo non è un contratto atipico perché non presenta i caratteri del finanziamento propri del *leasing* finanziario ed è pertanto riconducibile, a seconda della prospettiva che si intenda assumere, allo stato schema della locazione, dell'affitto o del noleggio.

¹⁴ Tale contratto, pur essendo di locazione finanziaria, è bilaterale e il soggetto ne riceverà un doppio vantaggio. Innanzitutto egli alienando il bene ottiene liquidità; in secondo luogo mantiene il godimento del bene e può anche riacquistare la proprietà al termine del contratto. Trattasi di regola di un contratto a scopo di garanzia, prevedendo un trasferimento di proprietà iniziale a fronte di una erogazione di denaro senza che l'acquirente goda del bene e con riacquisto della proprietà solo quando il debito è stato estinto.

2.2 Evoluzione normativa dell'istituto riferito alla p.a.

Il *Leasing* è uno strumento di finanziamento utilizzato da diversi decenni nel settore privato, e che ha avuto importanti riconoscimenti anche in ambito pubblico, ove è stato impiegato per finanziare servizi e lavori, nel rispetto di procedure e vincoli normativi conseguenti alla natura del soggetto pubblico fruitore; esso rappresentava una forma contrattuale atipica, in quanto non disciplinata dal Codice civile, ma impiegato nell'attività negoziale in virtù del principio dell'autonomia contrattuale di cui all'**articolo 1322 cod. civ.**

Fino al dicembre 2006, peraltro, non era certamente ignoto il leasing finanziario in genere, e neppure il leasing finanziario immobiliare.

Una prima definizione del leasing finanziario, riferito alla p.a., era già presente nell'**art. 17, comma 2, l. 2 maggio 1976, n. 183**, secondo cui per operazioni di locazione finanziaria si intendono *“le operazioni di locazione di beni mobili e immobili, acquistati o fatti costruire dal locatore, su scelta e indicazione del conduttore, che ne assume tutti i rischi e con facoltà di quest'ultimo di divenire proprietario dei beni locati al termine della locazione, dietro versamento di un prezzo prestabilito”*.

Questa figura contrattuale era poi espressamente contemplata dall'**art. 2 d.lgs. n. 358/1992** sulle pubbliche forniture, volto a dare attuazione in Italia alla corrispondente direttiva comunitaria.

Inoltre, esso rientrava tra i servizi finanziari di cui all'**allegato 1 del d.lgs. n. 157/1995** sugli appalti pubblici di servizi (disciplina attuativa anch'essa di una direttiva comunitaria, ritenuta peraltro residuale rispetto a quelle relative alle pubbliche forniture ed agli appalti di lavori pubblici).

Tuttavia, si era ritenuto che l'astratta ammissibilità del ricorso da parte della p.a. al leasing finanziario, anche immobiliare, non si estendesse fino a comprendere anche il leasing

finanziario immobiliare in *costruendo*, volto cioè a conseguire la costruzione di immobili pubblici con l'intervento finanziario ed operativo di società finanziarie private.

Si riteneva infatti che la disciplina posta dalla normativa in materia di lavori pubblici, secondo il riassetto organico dovuto alla Legge Merloni del 1994, fosse esclusiva. Tale conclusione era sorretta da una molteplicità di argomenti:

- dall'**art. 19, comma 1, Legge Merloni n. 109/1994**, secondo la quale *"i lavori pubblici si cui alla presente legge possono essere realizzati esclusivamente [avverbio aggiunto dall'art. 3, comma 3, l. n. 415/1998] mediante contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici, salvo i lavori in economia di cui all'art. 24, comma 6"* (v. determinazione AVLLPP n. 22 del 30.7.2002 richiamata nel successivo paragrafo, sull'illegittimità del ricorso ad un modulo procedimentale diverso da quelli espressamente previsti dalla normativa di settore);

- dall'art. 19, comma 3, l. cit., che vieta l'affidamento all'esterno della funzione di stazione appaltante di lavori pubblici;

- dall'art. 16 l. cit. per il quale le caratteristiche delle opere pubbliche da realizzare devono essere dettagliatamente definite nella progettazione esecutiva, salvo le deroghe espressamente previste dalla legge;

- dagli artt. 8-13 l. cit. per i quali l'esecuzione dei lavori pubblici deve essere affidata soltanto ai soggetti che posseggono determinati requisiti di capacità generale tecnica ed economico-finanziaria.

L'ammissibilità di deroghe doveva pertanto trovare fondamento in norme speciali dettate dalla necessità ed urgenza (v. deliberazione AVLLPP n. 145 del 23.9.2004, meglio illustrata nel successivo paragrafo; cfr. però la decisione 13 aprile 2005 sulla qualificazione del leasing in costruendo come contratto misto con prevalenza della parte relativa ai lavori e riconducibile come tale all'appalto previsto dalla L. 109/1994).

Non mancavano in verità norme speciali, sia a livello regionale che statale:

- la **l.r. Lombardia 29 gennaio 1975 n. 27**, sul finanziamento di investimenti per l'attuazione del piano ospedaliero, prevedeva (art. 5) la possibilità del ricorso a forme di locazione o di leasing;

- la **l.r. Liguria 10 settembre 1982 n. 39** considerava il leasing come strumento idoneo per l'acquisto di porzioni immobiliari da destinare a sede di uffici regionali;

- la **legge 23 dicembre 1998 n. 454 sul bilancio di previsione per l'anno 1999** (comma 16) autorizzava il Ministero del tesoro e del bilancio ad effettuare variazioni compensative nelle unità revisionali del Ministero delle finanze per l'acquisto di immobili, anche con locazione finanziaria, al fine di razionalizzare il patrimonio immobiliare utilizzato dalle amministrazioni statali;

- la **legge 18 febbraio 1999 n. 28** (art. 28, comma 1) autorizzava, a fini di contrasto dei fenomeni di evasione fiscale, la realizzazione di un programma quinquennale per la costruzione, l'ammodernamento, l'acquisto o la locazione finanziaria di immobile da destinare a sedi degli uffici unici del Ministero delle finanze nonché per lo svolgimento delle relative attività di gestione, il tutto mediante convenzioni da stipulare con una o più banche dotate di idonee strutture operanti da almeno un quinquennio nel settore immobiliare, alle quali affidare l'esecuzione del progetto.

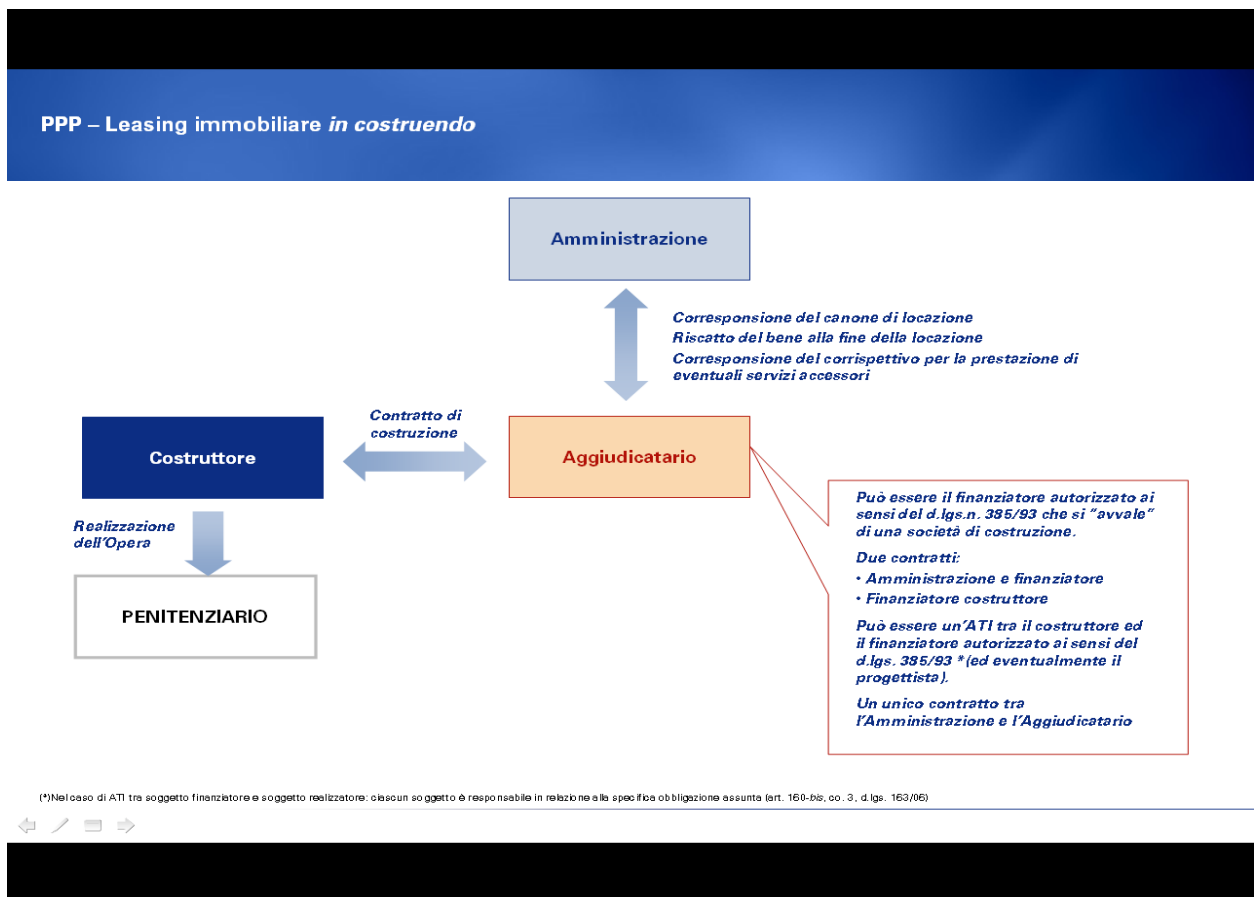
L'elaborazione giurisprudenziale ha riconosciuto, nella pratica operativa, almeno due forme di leasing finanziario:

- il **leasing traslativo**, generalmente utilizzabile per i beni immobili, si caratterizza per il fatto che il bene locato è idoneo a conservare alla fine del contratto un apprezzabile valore commerciale, eccedente l'importo pattuito per l'opzione di acquisto; l'utilizzatore riceve il bene in godimento dietro la corresponsione di canoni che coprono quota parte del prezzo di acquisto o costruzione, gli oneri finanziari, le spese di gestione e l'utile del finanziatore; alla

scadenza del contratto, l'utilizzatore ha la possibilità di riscattare la proprietà del bene, pagando il prezzo pattuito; la causa del negozio è il finanziamento a scopo di trasferimento del bene.

- Il **leasing di godimento**, caratterizzato dalla locazione di beni non idonei a mantenere un apprezzabile valore commerciale alla scadenza del contratto; la causa tipica del negozio è il finanziamento a scopo di godimento, mentre il pagamento dei canoni si configura come corrispettivo dell'uso del bene.

All'interno del leasing traslativo si colloca il leasing immobiliare in *costruendo* che rappresenta una forma di finanziamento privato delle opere pubbliche con la quale un soggetto finanziatore anticipa i fondi necessari per eseguire l'opera pubblica e, al termine dell'esecuzione, viene ristorato dall'ente utilizzatore appaltante tramite la corresponsione di canoni periodici (V. Tabella 4 che segue).



Nell'alveo di una unitaria procedura ad evidenza pubblica, i soggetti coinvolti nell'operazione di leasing immobiliare in *costruendo* sono:

1 - la **pubblica amministrazione** che svolge il ruolo di committente e di alta sorveglianza, esegue la progettazione (almeno preliminare) dell'opera da porre a base di gara, sceglie gli altri due soggetti (società di leasing e costruttore), controlla l'esecuzione dell'opera e ne verifica la regolare esecuzione;

2 - la **società di leasing**, che partecipa alla gara con il costruttore-appaltatore e assume tutti i rischi di realizzazione dell'investimento, mentre trasferisce al costruttore tutti i rischi non finanziari;

3 - il **costruttore**, che realizza l'opera e provvede, eventualmente, alla sua manutenzione. Lo strumento del leasing può essere applicato nella realizzazione delle cosiddette "opere fredde", finalizzate ad erogare servizi di pubblica utilità senza tariffazione sull'utenza, ovvero con un livello di tariffazione limitata che non consente di remunerare il capitale impiegato (oltre ai carceri: ospedali, uffici pubblici, scuole, caserme, ecc.).

A causa della mancanza di una normativa specifica, nel passato sono state sollevate forti perplessità sulla compatibilità del leasing immobiliare pubblico in *costruendo* con la legge quadro sui lavori pubblici e con i principi di derivazione comunitaria che regolano le procedure di appalto (trasparenza, concorrenza, parità di trattamento, ecc.).

Al di fuori delle norme speciali, però, sembrava non esserci spazio in via generale per il leasing immobiliare in *costruendo*.

L'attenzione degli operatori si era perciò spostata sul tema dell'ammissibilità o meno del diverso strumento dell'acquisto di cosa futura nel nuovo contesto della legislazione sui lavori pubblici.

Il Consiglio di Stato si era pronunciato in senso positivo, seppure entro rigorosi limiti (parere III sez., 11 maggio 1999 n. 596/99; **parere Adunanza generale 17 febbraio 2000, n. 38/39**): *“nei ristrettissimi limiti in cui l’opera da realizzare o, meglio, da acquisire, costituisca, secondo un ampiamente motivato e documentato apprezzamento dell’Amministrazione, un bene infungibile, con riguardo alle sue caratteristiche strutturali e topografiche, ovvero un “unicum” non acquisibile in altri modi, ovvero a prezzi, condizioni e prezzi inaccettabili per il più solerte perseguimento dell’interesse pubblico”*.

Si esigeva un’istruttoria con preventiva gara informale, una definizione precisa delle caratteristiche del bene futuro, l’assunzione di comportamenti propri dell’acquirente e non quelli propri di un dissimulato appaltante, astenendosi da ogni ingerenza nel processo di produzione del bene.

2.2.1 I precedenti dell’Autorità di Vigilanza

La fattispecie del leasing immobiliare come formula realizzativa di lavori pubblici è stata presa in considerazione più volte dall’Autorità.

Determinazione n. 22 del 30.7.2002

L’Autorità esprimeva l’avviso che non fosse consentito realizzare opere pubbliche o di pubblico interesse o destinate a un uso pubblico mediante schemi procedurali differenti rispetto a quelli specificamente disciplinati dalla legge n. 109/1994 e s.m., e, più in generale, dalla normativa di settore. Ciò in quanto l’art. 19, comma 1, legge n. 109/1994 restringeva espressamente le tipologie contrattuali a due sole ipotesi. Secondo tale norma, infatti, «i lavori pubblici di cui alla presente legge possono essere realizzati esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici, salvo i lavori in economia di cui all’art. 24, comma 6». La disposizione conteneva, quindi, un’elencazione tassativa dei tipi di contratto ammessi ed escludeva, con riferimento alla realizzazione di un lavoro pubblico, l’utilizzazione di differenti moduli negoziali. Era, inoltre, significativa l’aggiunta nel testo della norma, a opera dell’art. 3, comma 3, legge n. 415/1998, dell’avverbio “esclusivamente”,

con la conseguenza che i due moduli enucleati nella norma costituivano gli unici strumenti cui era possibile ricorrere, risultando inammissibile che la scelta del tipo contrattuale restasse affidata al prudente apprezzamento della Pubblica Amministrazione, la quale sarebbe stata, in tale ipotesi, arbitra di decidere se applicare o meno la legislazione sui lavori pubblici e, quindi, per le opere c.d. sopra soglia, se sottostare o meno alla concorrenza comunitaria.

Deliberazione n. 145 del 23.9.2004

Con un'inversione di tendenza a sorpresa l'Autorità per la Vigilanza affermava che, fermo restando il principio generale di tassatività delle procedure previste dalla legge n. 109/1994 e s.m., per la realizzazione di opere pubbliche, si configurava, piuttosto, una deroga a tali procedure ove norme speciali, dettate per far fronte a situazioni di necessità e urgenza (nel caso di specie «l'inefficienza e la vetustà degli istituti penitenziari esistenti e il loro sovraffollamento»), prevedessero l'uso, in via prioritaria, di strumenti alternativi, ivi incluso il leasing finanziario.

In presenza di tali circostanze, ferma restando la necessità della qualificazione tecnica dei soggetti incaricati dell'attività di progettazione e della esecuzione delle opere ai sensi della normativa sui lavori pubblici, la disciplina applicabile agli affidamenti sarebbe stata quella relativa agli appalti pubblici di servizi, stante la prevalenza dell'aspetto relativo all'operazione di finanziamento.

Parere n. 24 del 31 gennaio 2008, reso ai sensi dell'art. 6, comma 7, lett. u), del decreto nel quale si sono manifestati dubbi e perplessità sull'istituto stesso.

«Ai sensi e per gli effetti del comma 1 dell'art. 160-bis del D.Lgs. n. 163/2006 viene espressamente prescritto che “per la realizzazione, l'acquisizione e il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità i committenti tenuti all'applicazione del presente Codice possono avvalersi anche del contratto di locazione finanziaria”. Il succitato precetto normativo non chiarisce la qualificazione giuridica dell'istituto, ovvero se esso possa considerarsi appalto di lavoro o di servizi. Dirime qualsivoglia dubbio, ad avviso

dell’Autorità, l’emanando Regolamento per l’esecuzione e attuazione del D.Lgs. 163/2006 che, all’art. 3, lett. c), definisce il contratto di locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità come “il contratto che ha a oggetto la prestazione di servizi finanziari e l’esecuzione di lavori; il contratto è da qualificare come appalto pubblico di lavori, salvo che gli stessi abbiano un carattere meramente accessorio rispetto all’oggetto principale del contratto medesimo”.

Tale definizione è stata, da ultimo, ripresa dal terzo decreto correttivo seppure all’interno di una complessiva riformulazione della norma che, ad avviso di chi scrive – da una prima analisi – lascerebbe aperte questioni interpretative sia in ordine all’avvalimento, sia in ordine al regime delle responsabilità.

2.3 L’istituto del *leasing* pubblico recentemente introdotto dalla “legge finanziaria 2007”

La **legge finanziaria per il 2007 (L. n. 296/2006, art. 1, commi 907-908; 912-914)** ha introdotto nel nostro ordinamento giuridico il *leasing* finanziario per la realizzazione di opere pubbliche (*leasing* finanziario immobiliare o *leasing* immobiliare), istituto peraltro già previsto in alcune leggi speciali per la realizzazione di talune tipologie di opere pubbliche¹⁵. Successivamente il **decreto legislativo n. 113/2007** ha integralmente trasfuso nel Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (d.lgs. n. 163/2006 – “Codice”) la disciplina del nuovo istituto introducendo una norma *ad hoc*: l’art. 160-bis rubricato “*Locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità*”.

¹⁵ In particolare, si ricorda che l’art. 28 della legge 18 febbraio 1999, n. 28 consentiva l’uso della locazione finanziaria di immobili da destinare a sedi degli uffici del Ministero dell’Economia e delle Finanze, nonché per lo svolgimento delle relative attività di gestione; mentre l’art. 145, comma 34 della legge 23 dicembre 2000, n. 388 prevedeva che il Ministero della Giustizia potesse impiegare anche lo strumento della locazione finanziaria per l’acquisizione di nuovi istituti penitenziari.

La locazione finanziaria viene così a costituire una ulteriore modalità di realizzazione di lavori pubblici, accanto al contratto di appalto di lavori pubblici ed alla concessione di costruzione e gestione¹⁶.

L'articolo 160-*bis* del Codice, che ha introdotto la possibilità di ricorrere al *leasing* immobiliare per la realizzazione, l'acquisizione e il completamento opere pubbliche – possibilità che se certamente non esclusa dalla normativa comunitaria, sembrava essere difficilmente praticabile sulla base della normativa nazionale – ha messo quindi a disposizione delle amministrazioni prive di risorse economiche un'ulteriore opportunità per la realizzazione di opere pubbliche.

Con riferimento alla disciplina normativa, così come inserita nel Codice, il primo comma dell'articolo 160-*bis* dispone *“per la realizzazione, l'acquisizione ed il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità i committenti tenuti all'applicazione del codice dei contratti pubblici possono avvalersi anche del contratto di locazione finanziaria”*.

Tale comma oltre a riconoscere a pieno titolo il contratto di *leasing* come una delle modalità di realizzazione di opere pubbliche, chiarisce due aspetti rilevanti. Il primo attiene all'ambito di utilizzabilità dell'istituto, esteso a tutti i committenti tenuti all'applicazione del Codice dei contratti pubblici (sia le pubbliche amministrazioni in senso stretto, sia le società a capitale pubblico, sia i soggetti operanti nei settori speciali), risolvendo così il problema dell'individuazione della nozione di “pubblica amministrazione” rilevante per il *leasing* immobiliare. Il secondo afferma, estendendo esplicitamente quanto disposto da precedenti

¹⁶ In realtà il leasing finanziario rientra nella definizione comunitaria di appalto di lavori, quale forma di esecuzione con qualsiasi mezzo. Tuttavia, nel recepire la normativa comunitaria, il nostro legislatore aveva espunto dalla definizione di contratto di appalto quella avente ad oggetto la realizzazione di un'opera “con qualunque mezzo”, escludendo sia la nozione di *General contractor* (prevista solo per le grandi opere e gli investimenti strategici) sia l'istituto del *leasing* immobiliare, con la conseguenza che le amministrazioni intenzionate a ricorrere all'istituto lo consideravano, ai fini della normativa applicabile alle gare, un appalto di servizi (D.Lgs. n. 157/1995). Con la trasposizione nel Codice delle norme sul leasing contenute nella legge finanziaria, è mancato un coordinamento sul piano sistematico: è infatti rimasto invariato l'art. 3, comma 7 del Codice dei contratti che limita l'esecuzione con qualsiasi mezzo alle sole infrastrutture strategiche, mentre il leasing finanziario rappresenta un altro caso di esecuzione con qualsiasi mezzo, che avrebbe dovuto essere espressamente menzionato nell'art. 3 del Codice relativo alle definizioni.

single norme, l'utilizzabilità del *leasing* sia per immobili da realizzare, sia per immobili già esistenti, sia per il "completamento" degli immobili stessi, anche se poi, le disposizioni che seguono si riferiscono esclusivamente ad un *leasing in costruendo* (realizzazione e completamento), trascurando completamente il *leasing* relativo ad immobile già esistente¹⁷.

Il secondo comma dell'articolo in esame rimette al bando di gara, ferme le altre indicazioni previste dal Codice, *"la determinazione dei requisiti soggettivi funzionali, economici, tecnico-realizzativi ed organizzativi di partecipazione, le caratteristiche tecniche ed estetiche dell'opera, i costi, i tempi e le garanzie dell'operazione, nonché i parametri di valutazione tecnica ed economico-finanziaria dell'offerta economicamente più vantaggiosa"*.

La norma non disciplina, quindi, gli aspetti fondamentali dei rapporti tra committente e imprese che sono indicati dal Codice per tutti i contratti di appalto, rimettendoli così al potere discrezionale dell'amministrazione committente che dovrà disciplinarli nel bando di gara e relativo capitolato e, successivamente, nel contratto di *leasing*. Tale disposizione lascia aperti spazi che finora hanno costituito altrettanti profili problematici di non facile soluzione, che soltanto in parte sono stati risolti dal nuovo Regolamento di attuazione del Codice dei contratti pubblici¹⁸.

Il terzo comma, riferito ad immobili da realizzare o da completare, prevede che l'offerente *"può anche essere un'associazione temporanea costituita dal soggetto finanziatore e dal soggetto realizzatore, responsabili, ciascuno in relazione alla specifica obbligazione assunta, ovvero un contraente generale"*. La norma concerne l'impostazione del tipo di procedura da seguire per individuare la società di *leasing* e l'appaltatore: la previsione di una gara unica ovvero di una gara doppia. L'indicazione normativa secondo cui l'offerente può essere un'associazione

¹⁷ In tal senso cfr. Claudio Galtieri, *"I rapporti tra società di leasing, impresa di costruzione ed ente appaltante"*, Relazione al Seminario Paradigma *"Il leasing immobiliare pubblico e le novità in materia di finanza di progetto"*, Roma, 11 e 12 ottobre 2007.

¹⁸ Si fa riferimento, ad esempio, ad aspetti quali: la programmazione triennale dei lavori pubblici; la rilevanza della proprietà del suolo e diritto di superficie; la progettazione, ecc.

temporanea di imprese - che non ha carattere di esclusività, per la presenza della locuzione “può essere anche” – fa propendere per la soluzione della gara unica che appare ottimale sia in relazione alla tempistica dell’intervento, sia ai rapporti tra società di *leasing* ed impresa di costruzioni¹⁹.

L’ipotesi della doppia gara, infatti, presenta notevoli criticità che hanno costituito un ostacolo alla concreta realizzazione delle operazioni di *leasing* finanziario immobiliare. Tali criticità sono rappresentate:

- a. dalla responsabilità della realizzazione dell’opera;
- b. dall’allungamento dei tempi;
- c. dalla sequenza temporale delle gare (ossia se la gara per l’individuazione della società di *leasing* deve precedere o meno quella per l’individuazione del costruttore).

Se, infatti, viene effettuata per prima la gara per l’individuazione della società di *leasing*, quest’ultima non conosce l’affidatario dei lavori ed il committente non può ancora sapere esattamente il costo dell’opera risultante dall’offerta. Di qui l’esigenza di condizionare la stipulazione del contratto di *leasing* all’esito della gara per l’individuazione dell’impresa di costruzione. Nel secondo caso, invece, l’individuazione dell’affidatario dei lavori può avere effetti negativi (restrittivi) sulla partecipazione alla gara di *leasing*.

L’associazione temporanea, invece, è espressione di un rapporto collaborativo posto in essere in vista della partecipazione alla gara, per cui garantisce maggiormente il committente rispetto alla “collaborazione forzata” che deriverebbe, sia pure di fatto, nel caso di due gare separate. Appare evidente, infatti, come la società di *leasing*, che finanzia l’operazione e diviene proprietaria dell’immobile realizzato, non può essere considerata “estranea” alla realizzazione dell’immobile.

¹⁹ Cfr. C. Galtieri, cit.

Il terzo comma dell'art. 160-*bis* in commento prevede, altresì, che accanto all'associazione temporanea formata dal finanziatore e dal realizzatore, a ricoprire il ruolo di offerente possa essere anche un contraente generale. Poiché la figura del contraente generale è disciplinata solo in relazione alla realizzazione di infrastrutture strategiche, si è posta la questione della definizione dell'ambito di operatività della previsione: se essa sia applicabile soltanto per le opere strategiche ovvero se vi sia una legittimazione generale. Prima della stesura dello schema di Regolamento di attuazione del Codice (cfr. successivo par. 2.3), l'interpretazione più convincente era quella secondo la quale il contraente generale poteva operare anche al di là delle infrastrutture strategiche, seppur in deroga rispetto alla disciplina del contraente generale formulata relativamente alle opere di rilevanza strategica²⁰. All'art. 3 del Codice, infatti, dove sono contenute le definizioni utili ai fini della normativa in esame, manca una disciplina del contraente generale, che è invece contenuta negli artt. 161 e ss., che recano le definizioni relative alle sole infrastrutture strategiche.

Si pone, inoltre, la questione della qualificazione del contraente generale, atteso che per le infrastrutture strategiche vi è uno speciale sistema di qualificazione dei contraenti generali, distinto dal sistema delle SOA. Occorrerà quindi verificare quale tipo di qualificazione andrà richiesta ai contraenti generali nell'ambito del *leasing* finanziario, ma al di fuori delle infrastrutture strategiche.

Da ultimo, il quarto comma dell'articolo 160-*bis* dispone che *“L'adempimento degli impegni della stazione appaltante resta in ogni caso condizionato al positivo controllo della realizzazione ed eventuale gestione funzionale dell'opera secondo le modalità previste”*.

Quest'ultima disposizione normativa fornisce soltanto un'indicazione di massima sulle attività nella fase di controllo – quali, ad esempio, la direzione lavori ed il collaudo. Ciò

²⁰ In tal senso: Alessandro Botto, “ Il secondo decreto correttivo (D.Lgs. 31 luglio 2007, n. 113), con particolare riferimento alla finanza di progetto e alla locazione finanziaria”, Relazione al Convegno IGI, Roma, 18.09.07; Rosanna De Nictolis, “Le novità recate dal secondo correttivo del codice dei contratti pubblici e le ulteriori sopravvenienze normative”, 2007 (in corso di pubblicazione per Giuffrè).

ha costituito uno degli aspetti critici del rapporto tra il *leasing* immobiliare e le norme in materia di realizzazione di opere pubbliche contenute nel Codice. L'espressione usata dal legislatore fa propendere per l'esclusione di poteri diretti del committente in tale fase, anche se ciò non tutela sufficientemente il pubblico interesse. Tuttavia, poiché la norma rinvia alle "modalità previste", resta ferma la possibilità di prevedere adeguati meccanismi di controllo attraverso gli strumenti contrattuali.

La disposizione, infine, facendo riferimento al "controllo della realizzazione" e non a quello della progettazione, sembrerebbe interpretabile nel senso che l'attività di progettazione – che ha costituito uno degli altri punti critici dei rapporti tra *leasing* e appalto – rimanga nella piena e totale disponibilità del committente²¹.

2.4 Leasing immobiliare in costruendo: natura giuridica

Le disposizioni contenute nell'art. 160-bis lasciano ampio spazio alle amministrazioni pubbliche per "sperimentazioni" nelle procedure di *leasing* immobiliare, e questo può consentire di stimolare la risposta del mercato, che appare ancora limitata.

Occorre predisporre gli strumenti operativi che consentano di superare gli ostacoli che finora hanno concretamente impedito una piena funzionalità del *leasing* immobiliare pubblico ferma restando l'esigenza di un adeguato rispetto delle norme a tutela della posizione dei committenti, e la necessità del pieno rispetto dei principi a tutela della concorrenza²².

²¹ In tal senso si pronuncia il Regolamento di attuazione del Codice (cfr. par. 2.9).

²² il *Leasing* immobiliare era stato ritenuto a lungo un espediente per eludere la disciplina in materia di lavori pubblici; in particolare preoccupava gli interpreti per la possibile elusione della normativa relativa alla scelta del partner privato, nel senso che si sarebbe potuto utilizzare lo schema dell'appalto di servizi (leasing considerato come servizio finanziario), per consentire all'istituto finanziato prescelto di individuare direttamente, sulla base del mero *intuitus personae*, l'esecutore dei lavori di costruzione, estromettendo dalla scelta la p.a. Si ricordi a tal proposito le procedure indette dal Min. della Giustizia, dapprima sospese e poi annullate in sede di autotutela, aventi ad oggetto l'affidamento con gara del servizio di locazione finanziaria finalizzata all'acquisizione degli istituti di Pordenone e Varese rispetto alle quali l'ANCE denunciò la violazione in materia di concorrenza alla Commissione Ue. Quest'ultima, con parere motivato n. C(2006) 2518 del 28 giugno 2006 confermò le valutazioni negative relativamente agli affidamenti delle suddette due gare in quanto qualificabili come appalti pubblici di lavori e non come appalti pubblici di servizi.

Come già evidenziato l'art. 160-*bis* del Codice prevede che il contratto di locazione finanziaria possa essere utilizzato sia per la realizzazione *ex novo* che per l'acquisizione ed il completamento di opere pubbliche.

Nel caso in cui oggetto del contratto sia il "*leasing immobiliare in costruendo*", ci si trova innanzi ad un *leasing* finalizzato non alla mera acquisizione della disponibilità di un bene per un determinato periodo di tempo, avvalendosi di un "finanziamento" da parte di una società finanziaria, ma anche alla realizzazione dell'opera a carico della stessa società finanziaria.

Considerato che la costruzione di un immobile non costituisce un elemento naturale della locazione finanziaria (cfr. par. 1), ove ciò avvenga si realizza una commistione tra *leasing* e appalto di lavori, anche se la prestazione principale non può che essere individuata nella realizzazione dell'opera e non già nel *leasing*, che rappresenta solo un mezzo per conseguire il finanziamento. La giurisprudenza amministrativa ha evidenziato come volendo riconoscere nell'ipotesi in esame un "contratto misto", alla realizzazione dei lavori dovrebbe essere attribuito un ruolo prevalente e, comunque, non potrebbe esserle attribuito un ruolo meramente accessorio²³.

Vi è quindi un duplice interesse dell'amministrazione che ricorre a tale istituto: l'interesse alla realizzazione di opere dotate di specifiche caratteristiche (interesse alla realizzazione di un'opera pubblica) e l'interesse ad evitare un esborso eccessivo in un'unica soluzione (interesse al finanziamento).

Nello stesso senso della giurisprudenza amministrativa nazionale si esprime la Commissione Europea. Nel luglio 2007 la Direzione Generale Mercato Interno della Commissione Europea con il parere motivato n. C(2006)2518 del 28 giugno 2006 espone

²³ Tar Lazio, Sez. I- quater , Sentenza n. 5993/2007.

Sulla centralità del lavoro pubblico nella fattispecie complessa del leasing immobiliare in costruendo cfr.: Angelo Clarizia, "Leasing immobiliare pubblico: appalto di lavori o di servizi? Il problema delle varianti", in www.giustamm.it

alcune considerazioni circa il corretto inquadramento dell'istituto del *leasing* immobiliare in costruendo nel diritto comunitario degli appalti pubblici²⁴.

Fermo restando che è sempre necessario verificare, caso per caso, quale sia la corretta qualificazione giuridica di uno specifico contratto, la Commissione qualifica il *leasing* immobiliare in costruendo come un appalto di lavori che comprende anche la prestazione di servizi finanziari. L'aggiudicazione, dunque, *“dovrà avvenire nel rispetto delle regole e delle procedure previste dalla direttive comunitarie per l'aggiudicazione degli appalti di lavori, tenendo debitamente conto della componente servizi, segnatamente in sede di definizione dell'oggetto dell'appalto e di fissazione dei criteri di selezione e di aggiudicazione”*.

Nell'ambito del *leasing* immobiliare in costruendo sarà importante per l'amministrazione committente, definire chiaramente l'oggetto contrattuale: ovvero se trattasi di sola realizzazione dell'immobile da utilizzare o anche della manutenzione dell'immobile fino all'esercizio del diritto di opzione e, soprattutto, della possibilità o meno di prevedere servizi aggiuntivi.

In questi casi, infatti, si presentano una serie di problematiche giuridiche che, a seconda dell'oggetto contrattuale e del “montaggio” dell'operazione, dovranno essere attentamente analizzate e risolte nel bando di gara e capitolato e nei relativi contratti²⁵.

2.5 La procedura di gara e la contrattualizzazione dell'appalto

Al comma 4-ter è chiarito che la stazione appaltante pone a base di gara un progetto di livello almeno

preliminare, mentre l'aggiudicatario provvede alla predisposizione dei successivi livelli progettuali e all'esecuzione dell'opera.

²⁴ Cfr. nota 19.

²⁵ Nel caso siano previsti servizi aggiuntivi, questi non sono oggetto del contratto di locazione, ma di un contratto *ad hoc*.

L'aver imposto "almeno" la progettazione preliminare significa che la stazione appaltante potrebbe mettere a base di gara anche il progetto definitivo o addirittura il progetto esecutivo.

Mettere a base di gara un progetto definitivo consentirebbe all'amministrazione di fissare in anticipo il risultato ricercato (avendo cristallizzato almeno la sagoma, il *layout*, le dimensioni ecc.), anche se svuoterebbe in pare le possibili diverse soluzioni che potrebbero essere offerte dai concorrenti.

Mettere a base di gare un progetto esecutivo, invece, appare quantomeno pericoloso: significa che i rischi di progettazione (che normalmente sono i rischi più gravosi e che spesso si ripercuotono sull'esecuzione, causando riserve e contenziosi), non sono trasferiti all'aggiudicatario ma restano in capo alla stazione appaltante. Sul punto si potrebbero adottare clausole di accettazione senza riserve da parte del concorrente, della progettazione esecutiva disponibile, far dichiarare l'acquiescenza esplicita, o altri *escamotages*, ma è nota la scarsa idoneità di questi accorgimenti a far venir meno le responsabilità progettuali.

La norma, dunque, è la messa a base di gara del progetto preliminare; tuttavia, stante la particolarità della procedura, sarà necessario che questo contenga chiaramente gli elementi che l'amministrazione ritiene irrinunciabili e non soggetti a variazione (i cosiddetti "requisiti minimi" delle varianti di cui all'articolo 76 del Codice). Sarà anche opportuno che il progetto preliminare sia integrato dagli elementi di cui all'articolo 18, del d.P.R. n. 554 de 1999 comma 2, lettera a), (indagini geologiche, geotecniche, idrologiche, idrauliche e sismiche), lettera b) (capitolato speciale prestazionale) e comma 3 (piano finanziario di massima di pagamento dei canoni). Solo in questo modo è possibile ottemperare alle previsioni dell'articolo 160-bis, comma 2, che prescrive che la base di gara espliciti le caratteristiche tecniche ed estetiche dell'opera, i costi i tempi e le garanzie dell'operazione, nonché i parametri di valutazione tecnica ed economico finanziaria dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La stazione appaltante, nel bando di gara:

a) determina i requisiti di partecipazione di carattere soggettivo, economico, funzionale, tecnico ed organizzativo dei partecipanti;

b) specifica le caratteristiche tecniche ed estetiche dell'opera, i costi, i tempi e le garanzie dell'operazione;

c) esplicita i parametri di valutazione delle offerte secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

d) si riserva il controllo sulla realizzazione e gestione dell'opera, secondo le modalità contrattualmente previste.

L'inclusione della progettazione definitiva ed esecutiva tra gli obblighi dell'aggiudicatario amplia le fattispecie di cui all'articolo 53, comma 2, dove in nessun caso la progettazione definitiva è affidata all'aggiudicatario (come può avvenire invece nelle concessioni di costruzione e gestione).

Potrà essere fatto ricorso alla procedura aperta o ristretta, applicando le norme ordinarie sugli appalti per quanto riguarda la pubblicità e i termini.

La competizione si svolge con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'articolo 83 del Codice, senza possibilità di chiedere ai concorrenti lo sviluppo della progettazione, ma solo (se ritenuto opportuno) delle offerte tecniche migliorative in variante al progetto a base di gara, ai sensi dell'articolo 76 del Codice.

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

Importante anche stabilire (in caso di leasing a tasso variabile) un tasso "cap" (oltre al quale non vi è più indicizzazione e il canone non viene più adeguato a favore del finanziatore), anche se l'istituto potrebbe pretendere al contrario un tasso "floor" (al di sotto del quale il canone non viene adeguato a favore del debitore).

Per quanto concerne infine la fase dell'esecuzione dei lavori la disciplina legislativa non dà alcuna indicazione. Ciò, per quanto riguarda il rapporto di appalto tra amministrazione e appaltatore sta a significare che questo risulta in tutto e per tutto disciplinato dalla normativa del codice.

Peraltro, occorre sottolineare che, qualora per qualsivoglia motivo (es. una perizia suppletiva o l'accoglimento di riserve) il corrispettivo dell'appaltatore lieviti, la società di leasing è tenuta a far fronte al maggiore esborso, ma corrispondentemente va adeguato l'importo dei canoni cui essa ha diritto da parte dell'amministrazione dopo il collaudo; questo, si ritiene, solo se la lievitazione dell'appalto è imputabile alla stazione appaltante o a causa di forza maggiore. Se invece è imputabile al costruttore il canone non potrà essere aumentato.

Naturalmente tutto ciò deve formare oggetto di accurata disciplina negoziale nel contratto sia quanto agli obblighi che la società di leasing assume sia alle modalità di calcolo di adeguamento dei canoni.

Infine, relativamente ai diritti di credito dell'appaltatore nei confronti della società di leasing (il pagamento dei SAL e della rata di saldo), si ritiene che trovi applicazione l'istituto della delegazione cumulativa di pagamento di cui all'articolo 1268 c.c. per cui, in caso di inadempimento della società di leasing, l'appaltatore potrà rivolgersi all'amministrazione che, ovviamente, avrà a sua volta azione risarcitoria nei confronti del soggetto finanziatore inadempiente.

2.6 Il piano economico finanziario

Nello studio di fattibilità dovrà essere incluso un piano finanziario, ovvero una o più simulazioni che diano atto dei diversi scenari, sulla base di condizioni diverse, innanzitutto partendo dalla scelta di incardinare il finanziamento sul tasso variabile Euribor o sul tasso fisso Eurirs, in ogni caso indicando il periodo di riferimento (di norma 3 o 6 mesi per il primo, 15, 18 o 20 anni per il secondo) e la base annua (360 o 365 giorni) e, ovviamente, la durata del contratto di leasing.

Le condizioni sulle quali costruire i possibili scenari sono necessarie al fine di attribuire correttamente i “pesi” ai singoli elementi di valutazione da porre a base di gara, quali:

- lo spread applicabile sui tassi base;
- il costo di costruzione e il possibile ribasso ottenibile sullo stesso;
- il tasso di capitalizzazione degli interessi di prelocazione;
- la periodicità dei canoni e l’eventuale corresponsione di una maxirata iniziale;
- i costi indiretti (commissioni, spese tecniche, altre spese connesse);

Sarà poi opportuno, sulla base degli scenari prefigurati, predisporre uno schema di piano di ammortamento.

2.7 Il diritto di superficie e le procedure urbanistiche

Il comma 4-quater dispone che l’opera oggetto del contratto di locazione finanziaria può seguire il regime di opera pubblica ai fini urbanistici, edilizi ed espropriativi, e l’opera può essere realizzata su area nella disponibilità dell’aggiudicatario. Quanto al primo aspetto dovrebbe significare la possibilità di poter ricorrere a varianti urbanistiche semplificate se previste dalla legislazione regionale, a procedimenti autorizzativi semplificati (quali ad esempio quelli previsti dall’articolo 7 del d.P.R. n. 380 del 2001), a espropriazioni secondo le modalità del d.P.R. n. 327 del 2001.

Con il superamento dell’alternativa tra l’una o l’altra modalità (proprietà pubblica sin dall’origine o proprietà privata superficiaria fino al riscatto), è implicitamente riconosciuto che il regime di opera pubblica, quanto meno ai fini urbanistici ed edilizi, può anche applicarsi all’opera realizzata su suolo dell’aggiudicatario (Consiglio di Stato, Sez. Cons. per gli Atti Normativi, Adunanza del 14 luglio 2008).

Qualora l’amministrazione aggiudicatrice conceda il diritto di superficie sull’area dove realizzare l’opera, così da consentire all’aggiudicatario di avere la completa proprietà del bene fino al momento dell’esercizio dell’opzione di riscatto, ciò potrebbe rendere maggiormente efficiente l’offerta di finanziamento, anche con l’imposizione di eventuale

ipoteca sul bene, in base al principio secondo il quale maggiori sono le garanzie reali e minori sono i costi finanziari (determinati dalla riduzione del livello di rischio).

E' però del tutto ovvio che:

a) la garanzia ipotecaria potrebbe avere scarso rilievo in caso di opere non suscettibili di riconversione o di utilità economica senza una radicale trasformazione o di opere per le quali non vi è alcun interesse sul mercato;

b) l'iscrizione ipotecaria è vietata (e lo è anche il diritto di superficie a monte), qualora l'intervento coinvolga beni soggetti al vincolo di cui alla parte terza del decreto legislativo n. 42 del 2004, trattandosi di beni demaniali per definizione (art. 822, secondo comma, c.c.).

Sempre per rendere efficiente il sistema si può anche ipotizzare che la stazione appaltante possa garantire il pagamento dei canoni al finanziatore mediante fideiussione. La circostanza andrà tuttavia attentamente valutata sia sotto il profilo dei costi (che il premio per la fideiussione non annulli il risparmio sul costo del finanziamento) che sotto il profilo dell'impatto sul bilancio (con la riduzione della capacità di indebitamento).

2.8 Il riscatto

Si è già detto che nel leasing di un'opera pubblica il riscatto dovrebbe costituire atto dovuto, essendo difficilmente ipotizzabile che un'amministrazione possa legittimamente decidere di lasciare in proprietà al privato un'opera mirata a realizzare interessi della collettività.

Il contratto dovrà prevedere sin dall'origine l'entità del riscatto finale.

E' opportuno che il contratto preveda anche la facoltà di riscatto anticipato. Stante la durata pluriennale del contratto di leasing, potrebbe sopravvenire la volontà o la possibilità (o ambedue) della pubblica amministrazione di riscattare il bene, avendone una propria convenienza. Il contratto dovrà stabilire le modalità di determinazione dell'onere di riscatto secondo una delle modalità usuali (eventuali penali, tasso di attualizzazione dei canoni non corrisposti, pagamento del mancato ammortamento ecc.).

2.9 Il *Leasing* nello schema di Regolamento attuativo del Codice dei contratti pubblici

In tale contesto normativo è intervenuto lo schema di Regolamento di attuazione ed esecuzione del Codice che, nella versione approvata dal Consiglio dei Ministri del 21 dicembre 2007 (non ancora pubblicato nella Gazzetta Ufficiale)²⁶, risolve alcune questioni interpretative, lasciando tuttavia insoluti altri aspetti che riguardano l'attuazione dell'istituto.

L'articolo 3 dello schema di Regolamento, alla lettera c) chiarisce la natura giudica del contratto di locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità, definendolo come *“il contratto che ha ad oggetto la prestazione di servizi finanziari e l'esecuzione di lavori; il contratto è da qualificare come appalto pubblico di lavori, salvo che gli stessi abbiano un carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto medesimo”*.

Il Regolamento dedica al *leasing* immobiliare l'articolo 114 che, al comma 1, rende definitivamente ammissibile la partecipazione alla gara da parte dei soli soggetti finanziatori ricorrendo all'istituto dell'avvalimento. La norma prevede, infatti, che il soggetto finanziatore che stipula un contratto di locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità debba dimostrare alla stazione appaltante la disponibilità dei mezzi necessari ad eseguire l'appalto *“se del caso avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche in associazione temporanea con un soggetto realizzatore”*.

Lo stesso comma risolve, inoltre, i dubbi relativi all'ammissibilità del contraente generale a partecipare a gare per l'affidamento della realizzazione di un'opera pubblica con lo strumento del *leasing* immobiliare, così ampliando e il settore di applicazione di tale istituto alla realizzazione, acquisizione e completamento anche di opere pubbliche o di

²⁶ Lo schema di Regolamento di attuazione ed esecuzione del Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, approvato dal Consiglio dei Ministri il 21 dicembre 2007, firmato dal Presidente della Repubblica il 28 gennaio 2008 e poi trasmesso alla Corte dei conti per la registrazione, nel febbraio 2008 è stato ritirato dal Ministero delle infrastrutture al fine di apportare alcune correzioni. Successivamente il Regolamento è stato ritrasmesso dal Ministero della giustizia alla Corte dei conti per la registrazione. Una volta ottenuto il via, il testo sarà pubblicato nella Gazzetta Ufficiale per entrare in vigore sei mesi dopo. Al momento della redazione del presente documento il Regolamento non è stato ancora pubblicato.

pubblica utilità non considerate strategiche e di preminente interesse nazionale, purché il contraente generale sia in possesso dei requisiti determinati dal bando anche avvalendosi delle capacità di altri soggetti.

Il secondo comma dell'articolo in esame chiarisce, altresì, l'oggetto del contratto, prevedendo che la stazione appaltante pone a base di gara un progetto di livello almeno preliminare, mentre l'aggiudicatario provvede alla predisposizione dei successivi livelli progettuali ed all'esecuzione dell'opera.

L'ultimo comma, infine, prevede che l'opera da realizzare possa seguire un duplice regime: quello di opera pubblica ai fini urbanistici, edilizi ed espropriativi, ovvero essere realizzata su area nella disponibilità dell'aggiudicatario. In quest'ultimo caso l'amministrazione aggiudicatrice potrà concedere in diritto di superficie l'area ove realizzare l'infrastruttura, così da consentire al soggetto finanziatore di avere la completa proprietà del bene sino al momento dell'esercizio dell'opzione finale di riscatto da parte dell'amministrazione.

Tuttavia, nonostante la previsione di tali norme del Regolamento sul *leasing* immobiliare pubblico, sono rimaste aperte questioni rilevanti di ordine attuativo sull'utilizzazione di tale strumento. In particolare esse riguardano:

- l'ipotesi che il solo soggetto finanziatore possa partecipare anche da solo alla gara, poiché ciò risulta essere non conforme alla disciplina di vigilanza nazionale della Banca d'Italia, che non consente alle banche/intermediari finanziari l'assunzione di rischi atipici rispetto all'attività finanziaria (es.: rischi inerenti la costruzione, il completamento e la vendita di un'opera pubblica). In tale ipotesi è, inoltre, previsto che il soggetto finanziatore dovrebbe assicurare la disponibilità dei mezzi necessari a realizzare l'opera, ricorrendo all'istituto dell'avvalimento, previsione che non trova riscontro nella normativa di rango primario (art. 160-*bis* del Codice). L'avvalimento, peraltro, può essere attuato solo tra imprese che svolgono attività tra loro omogenee, non consentendolo tra un soggetto finanziatore ed un'impresa di costruzioni;

- con riferimento all'ipotesi di ATI verticale²⁷, quale soggetto partecipante alla gara, il Regolamento non fornisce indicazioni in merito ai soggetti che devono assumere rispettivamente i ruoli di mandante e mandatario dell'ATI stessa;
- non è regolamentata la struttura contrattuale da utilizzare in questo tipo di operazioni, nell'ipotesi in cui il soggetto partecipante alla gara sia quello dell'ATI verticale;
- non sono indicati i requisiti di carattere giuridico, economico, finanziario e tecnico, da riportare nel bando, per i soggetti che si candidano a partecipare a queste tipologie di gare;
- le disposizioni contenute nello schema di Regolamento non regolano, inoltre, né la fase di esecuzione dei lavori né le modalità di pagamento del corrispettivo;
- il quadro regolamentare non fornisce, infine, indicazioni in merito ai "controlli" che la pubblica amministrazione è legittimata a svolgere sull'immobile da realizzare in *leasing*, così come previsto all'art. 160-bis, comma 4. Si potrebbe, infatti, verificare il caso che al termine della realizzazione dell'opera la pubblica amministrazione decida di non prendere in locazione il bene, lasciando al soggetto finanziatore il gravoso compito di cercare un nuovo locatore. Per evitare un simile rischio, è evidentemente necessario che l'amministrazione stessa sia costantemente aggiornata sull'andamento dei lavori, sullo sviluppo del progetto e su ogni altro elemento rilevante che riguarda l'intervento.

Alla luce di tali difficoltà attuative è stato da più parti auspicato un intervento del Ministero delle Infrastrutture ovvero dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici finalizzato a risolvere i dubbi interpretativi e le lacune normative e regolamentari che caratterizzano l'istituto del *leasing* immobiliare pubblico. Ciò anche al fine di rendere "attuabile" tale strumento per gli operatori bancari e finanziari.

Come già si è avuto modo di evidenziare, infatti, la mancanza di una specifica disciplina normativa-regolamentare concernente tali aspetti, se da un parte rende più

²⁷ L'Associazione Temporanea di Imprese (ATI) può essere di due tipi: orizzontale o verticale. L'ATI orizzontale si ha nell'ipotesi di collaborazione fra imprese che esercitano attività omogenee, le quali si associano al fine di suddividere i lavori ed ottenere i requisiti necessari per partecipare alla gara. L'ATI verticale, invece, si ha quando un'impresa assume la posizione di capogruppo e riunisce altre imprese mandanti che svolgano le attività secondarie, definite come scorporabili, mentre l'attività principale è svolta dalla capogruppo.

flessibile l'applicazione dello strumento – rimettendola alle previsioni del bando di gara ed alla disciplina contrattuale – dall'altra potrebbe portare ad un mancato impiego dello stesso a causa dell'elevato rischio di ricorsi da parte di soggetti non aggiudicatari.

3. Il leasing pubblico in confronto con altre forme di finanziamento di opere pubbliche

3.1 *Leasing* finanziario e Partenariato Pubblico Privato (“PPP”)

Non c’è dubbio che lo strumento del *leasing* finanziario per la realizzazione di opere pubbliche, pur con le relative incertezze attuative, apra prospettive del tutto nuove nel settore delle opere pubbliche.

Se infatti tale istituto può, in prima battuta, essere considerato un’alternativa all’appalto, qualora si verificano determinate condizioni il *leasing* finanziario immobiliare viene a costituire a pieno titolo una ulteriore modalità di realizzazione di infrastrutture pubbliche secondo schemi di PPP.

In tal senso il *leasing* immobiliare pubblico in costruendo può costituire una alternativa allo strumento della concessione di costruzione e gestione, in particolare per la realizzazione delle “opere destinate alla utilizzazione diretta della pubblica amministrazione, in quanto funzionali alla gestione di servizi pubblici”²⁸ (cd. “opere fredde”)²⁹.

Tra tali opere, infatti, è possibile ulteriormente distinguere:

- opere che possono prevedere l’erogazione di servizi a favore della stessa amministrazione o dei cittadini-utenti, da parte del concessionario. Si pensi, ad esempio, alle strutture ospedaliere in cui la gestione dei servizi non medicali rappresenta la controprestazione a favore del concessionario (anche se accompagnata da un “prezzo”);
- opere in cui sia assente o scarso (di norma limitato alle sole attività di manutenzione e di assistenza tecnica sugli impianti) l’aspetto gestionale e/o per le quali sia più complesso prevedere l’erogazione dei servizi a carico del privato (es. carceri, scuole, uffici pubblici).

²⁸ Art. 143, comma 9 del Codice dei contratti pubblici.

²⁹ Non si esclude, peraltro, che, qualora ne sussistano i presupposti, il leasing possa essere utilizzato anche per realizzare altre tipologie di opere.

Proprio per la realizzazione di quest'ultima tipologia di infrastrutture potrebbe apparire più consono lo strumento del *leasing* immobiliare, in cui la remunerazione del privato per la realizzazione dell'opera non è costituita dal servizio reso bensì dai *canoni* che la pubblica amministrazione versa alla società di *leasing* per ottenere l'infrastruttura (finanziamento pubblico *sub specie* di canone).

Il *leasing* come strumento di finanziamento degli investimenti pubblici può affiancarsi alla concessione di costruzione e gestione per le suddette tipologie di opere, ma consente di fatto la realizzazione di opere pubbliche per le quali l'attività di gestione ed erogazione di servizi resta in capo all'amministrazione stessa³⁰.

Nell'intraprendere un'operazione di *leasing* la pubblica amministrazione può conseguire una serie di vantaggi quali:

- il reperimento delle risorse finanziarie da un soggetto privato. L'integrazione tra la società di *leasing* ed il soggetto costruttore permette in particolare l'erogazione del capitale necessario alla realizzazione dell'investimento in conformità all'avanzamento del progetto;
- la realizzazione "chiavi in mano" dell'opera: l'opera deve essere consegnata alla pubblica amministrazione completa in ogni sua parte, agibile, funzionante, comprensiva di tutti gli impianti ed allacciamenti, inclusi permessi ed autorizzazioni varie all'uso, con la relativa manutenzione (ordinaria e straordinaria), se richiesta dall'amministrazione nei documenti di gara, per tutta la durata del contratto di *leasing*;
- la possibilità di eliminare i rischi finanziari legati alle perizie suppletive, alle revisioni dei prezzi e alle caratteristiche tecniche del bene stesso;
- un iter procedurale semplice e rapidità di erogazione del finanziamento³¹;
- la realizzazione dell'opera ad un costo certo e definito sin dal momento dell'aggiudicazione; la rata del *leasing* fissa, invariabile e comprensiva di eventuali servizi accessori (assistenza

³⁰ Tale attività può comunque essere affidata a terzi.

³¹ Nel caso si effettui un'unica gara.

tecnica, manutenzione ordinaria/straordinaria, coperture assicurative), verrà pagata dall'amministrazione solo dopo il collaudo dell'opera;

- la realizzazione e consegna dell'opera nei tempi prefissati, in quanto la società di *leasing* comincerà ad incassare i canoni solo dopo il collaudo dell'opera;
- la flessibilità di applicazione dello strumento in termini di impatto sul bilancio pubblico;
- il potenziale trasferimento di parte dei rischi in capo alla società di *leasing* che provvederà a trasferirli negozialmente ai fornitori (es. costruttore) con cui avrà un rapporto di responsabilità diretto.

Tali potenziali vantaggi possono, tuttavia, essere effettivamente conseguiti soltanto se la pubblica amministrazione esercita con consapevolezza il potere contrattuale derivante dal fatto che il fruitore, nonché finanziatore finale dell'operazione è, in fin dei conti, l'amministrazione stessa. Il leasing come strumento per la realizzazione di opere pubbliche in costruendo assume, infatti, profili diversi a seconda della struttura dell'operazione e della suddivisione dei rischi tra le parti coinvolte.

La locazione finanziaria, compresa nel *genus* dei contratti di partenariato pubblico privato ex art. 3, comma 15-ter, del Codice dei contratti, consente all'amministrazione di conseguire vari vantaggi connessi alla corretta allocazione di parte dei rischi dell'operazione economica in capo ai soggetti privati coinvolti:

- a) possibilità di utilizzazione di un bene senza anticipare la somma necessaria per l'acquisto (che quindi grava in maniera meno incisiva sul bilancio dell'ente pubblico);
- b) più agevole reperimento delle risorse finanziarie: la collaborazione tra la società di leasing ed il costruttore permette l'erogazione del capitale necessario all'investimento in conformità all'avanzamento del progetto, ed inoltre è l'affidatario che si assume il rischio di costruzione, segue i rapporti con i fornitori ed esegue i pagamenti;
- c) l'opera è consegnata completa, agibile, funzionante, senza rischi economici legati a perizie di variante, revisione dei prezzi o caratteristiche tecniche del bene, essendo il costo – a carico del soggetto pubblico – certo e definito già al momento dell'aggiudicazione;

- d) il canone è fisso ed invariabile, eventualmente comprensivo di servizi accessori contrattualmente determinati, e viene corrisposto solo dopo il collaudo dell'opera;
- e) la consegna avviene nei tempi stabiliti, ed è assicurata la corretta manutenzione del bene fino al momento del riscatto.

I potenziali vantaggi conseguibili, si ribadisce, sono subordinati ad una attenta suddivisione dei rischi tra l'amministrazione, la società di leasing ed il costruttore, che si realizza tramite una attenta e chiara definizione dell'oggetto contrattuale, sia nel bando di gara che nel capitolato e nei contratti collegati, nonché con la previsione di adeguati strumenti di controllo in capo alla stazione appaltante, per l'intera durata del rapporto. Se l'operazione è realizzata esclusivamente al fine di evitare un esborso di risorse pubbliche immediato, ma tutti i rischi del progetto ricadono sull'amministrazione stessa, l'opzione del leasing potrebbe essere, nell'attuale assetto finanziario in cui versano molti enti pubblici, l'unica percorribile nel breve termine, ma non quella ottimale.

Al fine di assicurare la convenienza dell'operazione garantendo un utilizzo efficiente ed efficace delle risorse pubbliche, attraverso l'operazione di leasing l'amministrazione dovrebbe assicurare il trasferimento di una certa quantità di rischi all'operatore privato. Ne consegue che, come accade per altre forme di partenariato, il trasferimento dei rischi costituisce una condizione essenziale per giustificare il ricorso a tale strumento. Nell'ambito di un'operazione di leasing, inoltre, gli operatori privati non dovrebbero costituire un mero partner finanziario, ma anche e soprattutto il soggetto in grado di fornire un supporto professionale di alto livello di cui spesso la pubblica amministrazione, in qualità di utilizzatore, è carente.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, al fine di un idoneo uso dello strumento del leasing per la realizzazione di opere pubbliche, sarebbe opportuno auspicare, sia a livello pubblico che privato, una maggiore azione informativa e conoscitiva, nonché una consapevole e seria azione di comunicazione sui contenuti e le potenzialità dello strumento

stesso, atta a evidenziare le modalità attraverso le quali pubblica amministrazione dovrebbe agire nell'ambito di queste operazioni.

Non è possibile, infatti, affermare la convenienza di una forma di finanziamento rispetto ad un'altra, essendo necessario effettuare, per ogni singolo intervento infrastrutturale della pubblica amministrazione, un'accurata analisi delle condizioni di contesto. La scelta in favore del leasing finanziario deve essere congruamente ponderata in comparazione alla percorribilità della medesima operazione mediante il ricorso a forme canoniche d'indebitamento per le spese di investimento.

Resta essenziale la necessità, da parte della pubblica amministrazione, di redigere accurati studi di fattibilità, dai quali fare emergere la comparazione tra più alternative, atte a cogliere le più idonee modalità di realizzazione dell'infrastruttura ed a consentire una decisione fondata e motivata verso la scelta di quella soluzione che possa produrre il migliore risultato in termini di benefici e costi sociali ed economici.

Il *leasing* come strumento per la realizzazione di opere pubbliche assume, infatti, profili diversi a seconda della struttura dell'operazione e della suddivisione dei rischi tra le parti coinvolte.

Se l'operazione è realizzata esclusivamente al fine di evitare un esborso di risorse pubbliche immediato³², ma tutti i rischi del progetto ricadono sull'amministrazione stessa, l'opzione del *leasing* potrebbe essere, nell'attuale assetto finanziario in cui versano molti enti pubblici, l'unica percorribile nel breve termine, ma non quella ottimale.

Al fine di assicurare la convenienza dell'operazione garantendo un utilizzo efficiente ed efficace delle risorse pubbliche, attraverso l'operazione di *leasing* l'amministrazione dovrebbe assicurare il trasferimento di una certa quantità di rischi all'operatore privato.

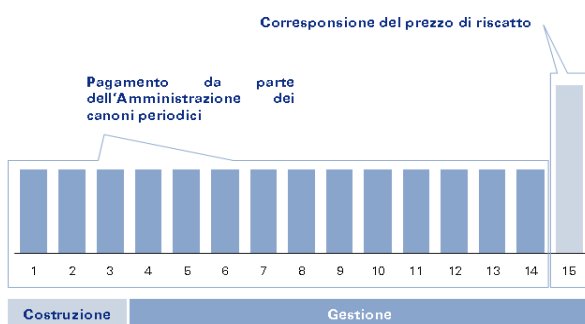
³² V. Tabella 5 che segue

Ne consegue che, come accade per altre forme di partenariato, il trasferimento dei rischi costituisce una condizione essenziale per giustificare il ricorso a tale strumento.

Tabella 5

PPP – Leasing immobiliare *in costruendo*

Fabbisogno finanziario dell'operazione



- L'Amministrazione ha la immediata disponibilità del bene contro la corresponsione di un canone periodico;
- Rispetto all'ipotesi della concessione di costruzione e gestione, l'Amministrazione pubblica non corrisponde alcun contributo nella fase di costruzione ma provvederà alla corresponsione di un canone periodico dopo il collaudo;
- Anche nell'ipotesi di leasing è prefigurabile l'affidamento al privato dei servizi collaterali, ma in questo caso **non si riduce l'entità dei canoni** che l'Amministrazione deve corrispondere;
- Alla fine del contratto di locazione l'Amministrazione provvederà a riscattare il bene dietro pagamento del prezzo di riscatto che sarà in funzione della durata del contratto, dell'ammontare dei canoni corrisposti, del valore residuo del bene e della sua utilità futura.

Possibilità di dilazionare i pagamenti alle imprese durante l'arco di vita del progetto piuttosto che concentrarli nella fase realizzativa

Nell'ambito di un'operazione di *leasing*, inoltre, gli operatori privati non dovrebbero rappresentare un mero *partner* finanziario, ma anche e soprattutto il soggetto in grado di fornire un supporto consulenziale professionale di alto livello di cui spesso la pubblica amministrazione, in qualità di utilizzatore, è carente.

E', infatti, anche nell'interesse della società di *leasing* verificare e controllare le condizioni dell'operazione essendo la stessa, per tutta la durata del contratto, proprietaria del bene immobile, a differenza degli istituti bancari, che erogano prestiti tradizionali, e che non acquisiscono tale situazione giuridica. In sintesi, la società di *leasing* dovrebbe svolgere una

sorta di funzione di “supporto” e di “tesoreria” attraverso la regolazione dei pagamenti dei fornitori in tempo reale.

Nella pratica sembra, invece, che l’operazione stia in molti casi assumendo una connotazione esclusivamente finanziaria e che gli operatori privati (intermediari finanziari) tendano a trasferire tutti i rischi sull’operatore pubblico, facendo venire meno in tal modo buona parte dei vantaggi che la pubblica amministrazione dovrebbe ricercare tramite questo tipo di operazioni.

3.1.1 Il *public sector comparator*

Prima di ricorrere al leasing l’amministrazione deve valutare se la scelta sia conveniente rispetto ad un intervento tradizionale (appalto finanziato con mutuo ecc.).

La comparazione meramente aritmetica non lascia dubbi sulla convenienza dell’appalto tradizionale finanziato con mutuo rispetto al leasing. Anche se la forbice tra tassi delle due forme di finanziamento negli ultimi tempi si è ridotta, è pur sempre oneroso, ragionando con il solo riferimento agli interessi passivi.

Infatti la prima motivazione del ricorso al leasing per le pubbliche amministrazioni, non pare proprio la valutazione della convenienza, ma bensì di allocare diversamente in bilancio i canoni in luogo dell’investimento in modo da bypassare le regole del patto di stabilità, oltre che, ovviamente, la speranza di realizzare un’opera con efficienza, economia, certezza dei tempi e delle responsabilità.

Il leasing consente nell’immediato di rispettare i parametri comunitari del rapporto deficit/PIL e il Patto di stabilità (ove non trattasi di Amministrazioni centrali). Tuttavia l’amministrazione deve considerare che l’obbligazione è assunta per un numero di anni elevato, vincolando i bilanci successivi.

In realtà il giudizio dovrebbe invece essere incardinato sul criterio del *public sector comparator*, come succede con tutte le forme di investimento che hanno almeno un'alternativa (si veda ad esempio il caso, ben più articolato, della valutazione circa il ricorso al *project financing*).

Nel caso del **PSC** permette di "monetizzare" il trasferimento dei rischi in capo al privato finanziatore/esecutore, secondo lo schema seguente:

La convenienza del leasing rispetto a un finanziamento tradizionale risulta dalla differenza tra il costo attualizzato del PSC e il costo attualizzato dell'operazione di leasing, dove al PSC sono, come già detto, monetizzati i rischi trasferibili al privato. In parole povere vengono remunerati indirettamente i rischi discendenti da perizie suppletive, revisioni prezzi, ritardi, rapporti con terzi ecc.; il finanziatore poi avrà tutto l'interesse a che i lavori siano eseguiti "presto e bene" perché solo a collaudo egli potrà iniziare ad incassare i canoni solo dopo il collaudo dell'opera. In particolare, nel caso di ipotesi di utilizzo di forme di PPP, gli studi di fattibilità dovrebbero prevedere l'accertamento del cd. "*Value for Money*", ossia del beneficio, in termini finanziari, derivante del ricorso a tali tipi di operazioni. Ciò vale, a maggior ragione, nel caso di utilizzo del *leasing*, in considerazione dei costi aggiuntivi che devono essere sostenuti dalla pubblica amministrazione per la remunerazione che dovrà essere riconosciuta ai *partner* privati (società di *leasing*, banche) per il finanziamento della costruzione dei penitenziari.

3.2 *Leasing* immobiliare e contratto di mutuo

Vale a questo punto porre a confronto l'opzione del *leasing* finanziario immobiliare verso il contratto di mutuo, evidenziando come in determinate circostanze il *leasing* immobiliare pubblico possa risultare preferibile ai canali tradizionali di finanziamento degli enti locali. Di tale forma di finanziamento, tuttavia, devono essere ben percepiti vantaggi e limiti rispetto alla tradizionale forma di indebitamento delle amministrazioni pubbliche, quale il mutuo. Il contratto di *leasing*, in particolare, prevede:

- la possibilità di utilizzazione del bene senza dover anticipare la somma necessaria all'acquisto. La considerazione è rilevante qualora dall'utilizzazione del bene possano derivare proventi che consentano la copertura di parte degli oneri connessi ai canoni di *leasing*;
- la devoluzione alla società di *leasing* di parte delle complessità afferenti la gestione dell'operazione;
- l'esigenza di coordinare/razionalizzare le varie procedure altrimenti necessarie per lo sviluppo dell'opera;
- lo snellimento delle attività burocratiche connesse alla decisione di investimento.

Tali punti devono essere tuttavia ponderati con il costo complessivo dell'operazione alla luce dei contenuti del contratto quali: definizione del primo canone; numero/ammontare e modalità di pagamento canoni periodici; clausole di indicizzazione; inclusione nei canoni di oneri accessori; penalità; modalità di acquisto dell'opera e determinazione del prezzo di riscatto.

Computando tutti i succitati fattori, il *leasing* potrebbe spesso rivelarsi una opzione meno conveniente rispetto al mutuo. Resta tuttavia un'opzione aperta in relazione a specifiche situazioni di illiquidità o di *capital rationing* (compressione della possibilità di indebitamento), che consentono di ribaltare il giudizio di convenienza: l'attivazione di un

finanziamento con ricorso al *leasing* può avere infatti una sua giustificazione in presenza di rigidità di bilancio e di limitata autonomia finanziaria dell'ente³³.

3.3 Il *leasing* immobiliare pubblico come modulo alternativo alla finanza di progetto

Nell'ambito del PPP (non istituzionalizzato), accanto al "classico" appalto di opere pubbliche hanno avuto particolare successo altre forme di collaborazione tra il settore pubblico e quello privato, accomunati dal fatto di (cercare di) risolvere anche la spinosa questione della disponibilità di adeguate risorse finanziarie.

Esse sono accomunate dal fatto di tendere all'obiettivo di far conseguire alla p.a. opere pubbliche anche quando essa non disponga delle necessarie risorse finanziarie.

Le risorse finanziarie sono anticipate dal privato e vengono rese e remunerate successivamente, mediante i frutti della gestione dell'opera pubblica, oppure mediante pagamento rateizzato da parte della stessa p.a. beneficiaria.

La figura più nota è quella della **concessione di costruzione e gestione** di opere pubbliche, nella quale il finanziamento privato è compensato dagli utili rivenienti dalla gestione privata dell'opera realizzata. Essa postula perciò che l'opera realizzata sia idonea a generare di per sé risorse, mediante pagamento da parte dei privati fruitori.

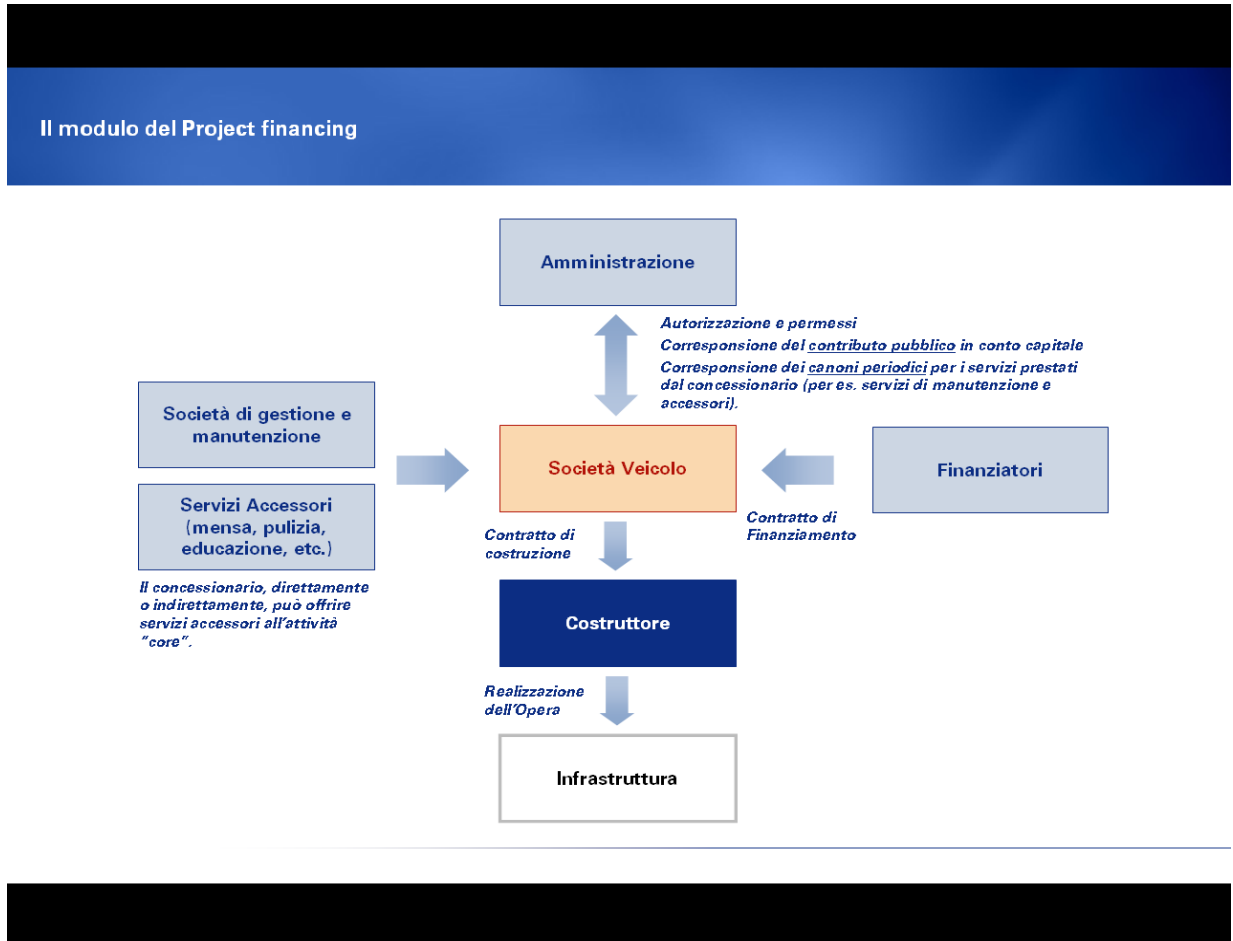
L'ammissibilità del modulo, anche a livello comunitario, si è accompagnata, quanto alla disciplina applicabile, alla sua assimilazione per molti aspetti all'appalto di opere pubbliche, allo scopo di assicurare la concorrenza e la trasparenza sul mercato.

Analogo, ma non identico, è lo strumento, particolarmente apprezzato più di recente, del **project finance**, ove ai contenuti propri della concessione di costruzione e gestione si

³³ Cfr. Marco Cerritelli, "I vantaggi per le pubbliche amministrazioni: valutazione comparativa con altre forme di finanziamento per la realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità", relazione al Seminario Paradigma "Il leasing immobiliare pubblico e le novità in materia di finanza di progetto", Roma, 11 e 12 ottobre 2007.

accompagna anche l'apporto ideativo privato fin dalla fase del concepimento e poi della progettazione dell'opera (V. Tabella 6 che segue).

Tabella 6



Anche in questo caso, la disciplina italiana ha dovuto via via essere rimeditata e modificata per assicurare la concorrenza e la trasparenza sul mercato, evitando vantaggi indebiti, anche solo in termini di prelazione a favore del proponente.

Anche in questo caso, comunque, è indispensabile che l'opera pubblica realizzata col contributo finanziario privato, totale o perlomeno maggioritario, sia in grado di generare redditività, su esborso dei fruitori, in misura sufficiente a contribuire a compensare l'investitore attraverso la proficua gestione privata.

In alcune esperienze recenti – anche italiane e venete in particolare (ospedali di Castelfranco, Mestre, Este, Thiene) – la redditività dell’opera è stata ricercata nel corrispettivo di una serie di servizi collaterali connessi all’opera stessa, affidati con gara unica insieme al project finance.

Lo strumento risulta utile soprattutto per le opere “calde”, consente di reagire ai vincoli del patto di stabilità (ove imposti), consente di ricorrere a professionalità e *know how* di privati per la progettazione definitiva ed esecutiva e per i servizi aggiuntivi (c.d. *global service*).

Rispetto a questi strumenti, il *leasing* immobiliare pubblico in costruendo offre il vantaggio di assicurare il finanziamento privato dell’opera pubblica anche quando essa non è suscettibile di essere affidata in gestione ai privati, oppure quando essa non genera una redditività significativa, come per le più volte citate opere “fredde”.

In questo caso, il finanziamento privato³⁴ dell’opera viene restituito e remunerato dalla p.a. *ex post*, nel corso dell’utilizzazione del bene, a rate, a fronte di una garanzia reale assicurata al privato finanziatore dalla sua proprietà civilistica del bene (piena proprietà o proprietà superficiaria).

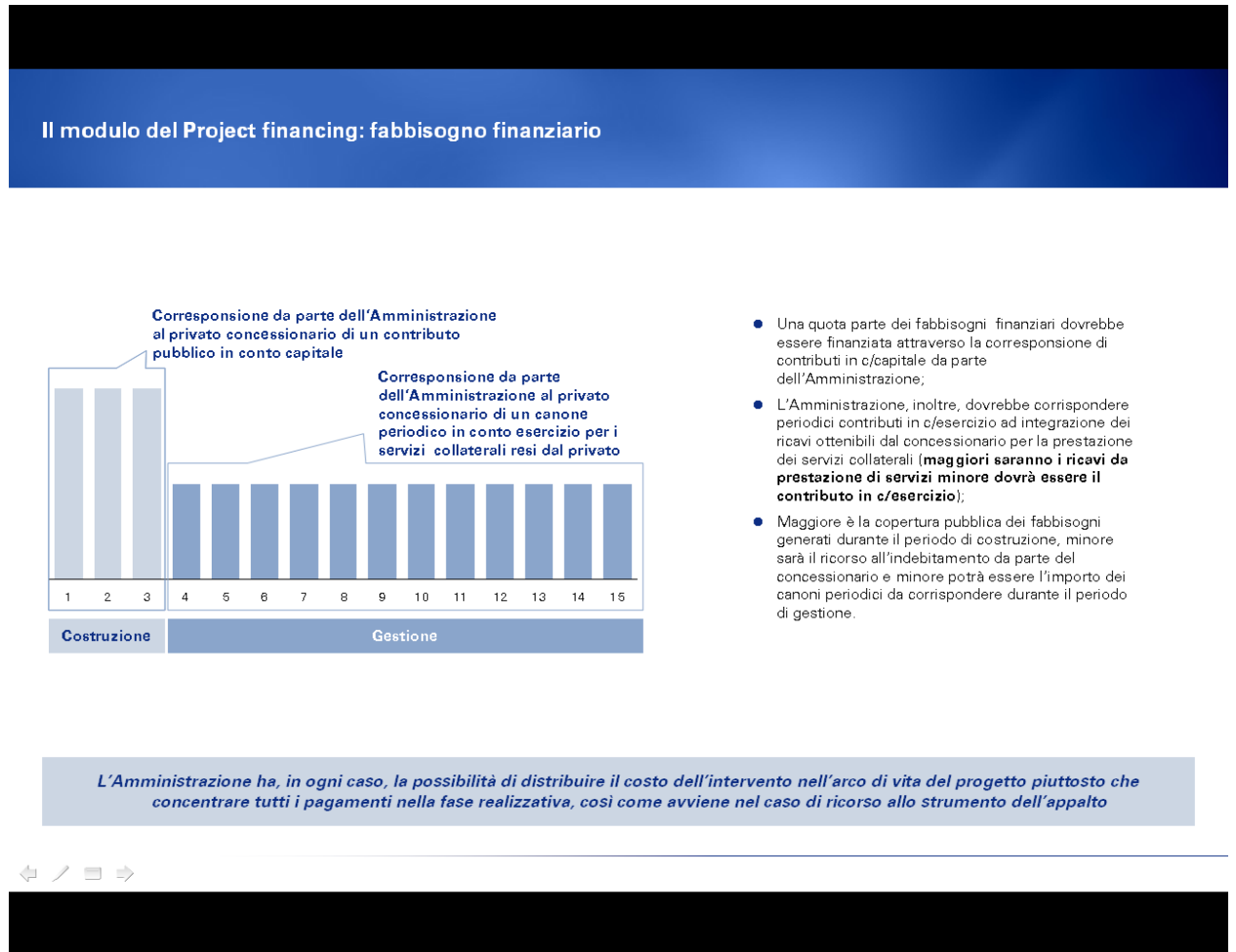
Il vantaggio rappresentato dall’anticipazione finanziaria privata si accompagna a molti altri vantaggi, quali ad esempio:

- la possibilità di ottenere l’opera “chiavi in mano” in tempi certi ed a costi certi e definiti a priori, completa, agibile e funzionante, comprensiva di tutti gli impianti e allacciamenti, inclusi permessi ed autorizzazioni di ogni genere;

- la (eventuale) possibilità di ottenere anche la relativa manutenzione ordinaria e straordinaria da parte del privato proprietario, se richiesta in sede di gara, per tutta la durata del leasing;

- l'eliminazione dei rischi connessi a eventuali perizie suppletive, revisione prezzi, ecc.;
- il trasferimento sul finanziatore dei rischi derivanti dai rapporti con i terzi.

Tabella 7



La Corte dei Conti, per converso, ha richiamato l'attenzione sul fatto che questi vantaggi sono strettamente legati alle previsioni del bando e del contratto:

- la progettazione preliminare deve essere sufficientemente accurata, meglio se definitiva ed esecutiva;

³⁴ V. Tabella 7 che segue

- occorre disciplinare con precisione l'eventuale accordo su varianti (p.es. per tenere conto dell'evoluzione tecnologica) ed il loro impatto sulle condizioni economiche complessive;

- occorre determinare con esattezza gli importi da corrispondere in sede di esecuzione del contratto, il canone di riscatto del bene, i corrispettivi di natura non finanziaria, le modalità di corresponsione dei canoni periodici ed il loro trattamento contabile nel bilancio dell'ente;

- occorre introdurre clausole di indicizzazione dei canoni, penalità per i ritardi dei pagamenti;

- occorre fissare le modalità di esercizio del diritto di riscatto e le procedure di acquisto del bene;

- occorre fissare le eventuali condizioni per il recesso unilaterale dal contratto a favore della p.a., ecc.;

- in linea generale, è necessaria un'attenta suddivisione dei rischi tra p.a., società di leasing e costruttore, affidata ad un'attenta e chiara definizione dell'oggetto contrattuale, sia nel bando di gara che nel capitolato e nei contratti allegati, con la previsione di adeguati strumenti di controllo in capo alla stazione appaltante per l'intera durata del rapporto.

3.4 Settori di applicazione del *leasing* rispetto a strumenti alternativi di finanziamento

L'applicazione dello strumento del *leasing* risulta particolarmente efficace per la realizzazione di opere finalizzate ad erogare servizi di pubblica utilità senza tariffazione sull'utenza (investimenti non remunerativi), ovvero con un livello di tariffazione minimo (investimenti parzialmente remunerativi) che non permettono il recupero del capitale impiegato (cosiddette "opere fredde" come i carceri, nonché ospedali, scuole, strade non a pedaggio, caserme, uffici pubblici, etc.).

TIPOLOGIA D'INVESTIMENTO	SETTORI ECONOMICI	TIPOLOGIA DI OPERE	STRUMENTO FINANZIARIO
Investimenti remunerativi	Settore energetico Settore trasporti Settore edilizia urbana	Centrali elettriche, etc. Strade a pedaggio, metropolitane, etc. Parcheggi, etc.	<i>Project Financing</i> cd. "puro"
Investimenti parzialmente remunerativi	Settore energetico Settore trasporti Settore edilizia urbana	Centrali elettriche, etc. Strade a pedaggio, metropolitane, etc. Parcheggi, etc.	<i>Project Fin.</i> con contributo pubblico, <i>Leasing</i>
Investimenti non remunerativi	Settore sanitario Settore scolastico Settore trasporti Settore carcerariogiudiziario	Istituti penitenziari Istituti scolastici Strade non a pedaggio Ospedali	Leasing immobiliare , Mutuo, Risorse Proprie

Comparison tra gli strumenti alternativi di finanziamento – vantaggi e svantaggi:

Il PPP nella realizzazione delle carceri – soluzioni a confronto

	Vantaggi	Svantaggi	Punti di attenzione
Project Financing	<ul style="list-style-type: none"> Trasferimento del rischio di costruzione e gestione in capo ai privati; Tempi certi di realizzazione; Riduzione del costo dei servizi collaterali; Maggiore qualità delle opere ed efficienza della gestione. 	<ul style="list-style-type: none"> Difficoltà di reperimento di operatori disponibili a candidarsi per assenza/limitatezza di ricavi remunerativi derivanti dall'attività di gestione; I tempi di conclusione della procedura possono risultare lunghi. 	<ul style="list-style-type: none"> Favorire l'espletamento di servizi accessori in modo da ridurre il canone tramite l'assicurazione di una quota di ricavi da gestione.
Leasing immobiliare in costruendo	<ul style="list-style-type: none"> Max flessibilità finanziaria; Realizzazione dell'opera ad un costo certo e definito sin dal momento dell'aggiudicazione; Consegna dell'opera "chiavi in mano"; Iter procedurale rapido; Riduzione dei rischi connessi al periodo di costruzione dell'opera; Durata del contratto che può essere anche inferiore a 10 anni; Il pagamento dell'opera parte solo dopo il positivo collaudo. 	<ul style="list-style-type: none"> Difficoltà di garantire il finanziatore contro eventuali inadempimenti del costruttore; Maggiore onerosità rispetto alle forme tradizionali di indebitamento; L'Amministrazione diventa proprietaria dell'opera solo dopo l'esercizio del riscatto. 	<ul style="list-style-type: none"> Strutturazione unitaria dell'operazione. Individuazione di un modello di contabilizzazione che consenta il rispetto del patto di stabilità
Permuta	<ul style="list-style-type: none"> Impegno finanziario limitato; Possibilità di valorizzare immobili altrimenti di difficile riconversione; Sostituzione di strutture obsolete con strutture più efficienti. 	<ul style="list-style-type: none"> Difficoltà di gestire la procedura soprattutto in ipotesi di concessione per la valorizzazione del "vecchio" e la costruzione del "nuovo". 	<ul style="list-style-type: none"> La procedura di valorizzazione del vecchio dovrebbe essere gestita separatamente dalla acquisizione del nuovo; Attento esame degli immobili da dismettere

3.5 La “permuta” quale corrispettivo per contribuire al finanziamento delle infrastrutture penitenziarie

Tale approccio, non necessariamente sostitutivo ma complementare rispetto ad altre, più tradizionali, modalità di *funding*, prevede due attività strettamente correlate:

la cessione degli immobili non più idonei all’uso carcerario, sulla base di bandi vincolati a precisi progetti di valorizzazione, individuati attraverso uno studio di prefattibilità per ciascun cespite;

la concessione ovvero l’appalto per la realizzazione di nuove carceri, potendo disporre non soltanto dei fondi stanziati per l’edilizia carceraria, ma anche degli introiti della cessione degli immobili “vecchi”.

In termini generali, la permuta è definita all’art. 1552 cod. civ. come “il contratto che ha per oggetto il reciproco trasferimento della proprietà delle cose, o di altri diritti, da un contraente ad un altro”.

Nello settore dei lavori pubblici è prevista la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di inserire nel bando di gara per l’affidamento di appalti pubblici il trasferimento all’appaltatore della proprietà di beni immobili appartenenti alle stesse amministrazioni appaltanti ed indicati nel programma triennale, con il corredo di tutta la documentazione catastale ed ipotecaria; il trasferimento di detti immobili è consentito solo se è venuta meno la loro destinazione ad un interesse pubblico e comunque dopo l’approvazione del certificato di collaudo, anche se è possibile prevedere il trasferimento del possesso in un momento antecedente.

L’Amministrazione può adottare due modalità di espletamento della gara:

- l’aggiudicazione alla migliore offerta congiunta, relativa all’esecuzione dei lavori ed all’acquisizione dei beni;
- l’aggiudicazione alle migliori due offerte separate relative all’acquisizione dei beni ed all’esecuzione dei lavori.

La gara deve essere dichiarata deserta qualora non vi siano offerte per l'acquisizione del bene.

Tale normativa contenuta nel **D.P.R. n. 554/1999**, il cui **art. 83** prevede che, nel bando di gara per l'affidamento di un appalto con il ricorso alla permuta, la stazione appaltante dovrà indicare, oltre al prezzo massimo per l'esecuzione dei lavori posto a base della gara, l'importo minimo che l'offerente dovrà versare per l'acquisizione del bene offerto in permuta. Lo stesso art. 83 stabilisce poi, al comma 6, che il valore del bene deve essere determinato dal responsabile del procedimento *"sulla base dei criteri estimativi desumibili dalle norme fiscali"*.

I concorrenti possono presentare alternativamente offerte aventi per oggetto:

- il prezzo per l'acquisizione del bene;
- il prezzo per l'esecuzione dei lavori;
- il prezzo per la congiunta acquisizione del bene e l'esecuzione dei lavori.

E' fatto divieto a ciascun concorrente di presentare più offerte.

Nell'ipotesi in cui pervengano esclusivamente offerte per l'acquisizione del bene, non si darà luogo alla gara per l'aggiudicazione dei lavori, ma unicamente a quella per la vendita del bene medesimo.

L'aggiudicazione è, in ogni caso, effettuata in favore del migliore offerente.

Nel caso in cui giungano offerte relative sia all'esecuzione dei lavori che all'acquisizione del bene, l'aggiudicazione sarà disposta in favore della migliore offerta congiunta, il che significa che al medesimo soggetto si cederà il bene e si affideranno i lavori.

Nel settore dell'edilizia penitenziaria, come già accennato, il legislatore si è limitato a prevedere che la specifica individuazione degli istituti penitenziari la cui dismissione può avvenire mediante il ricorso allo strumento della permuta spetta al Ministero della giustizia (che doveva provvedervi entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge n.

259/2002 di conversione del D.L. n. 201/2002).

In uno scenario di limitate risorse pubbliche disponibili per il potenziamento delle infrastrutture carcerarie, considerato che i ricavi derivanti dalla prestazione dei servizi accessori difficilmente possono permettere, in un contesto di finanza di progetto, il raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario da parte del concessionario, si potrebbe optare per un approccio fondato sulla "permuta" di "vecchi" penitenziari non più destinati e/o destinabili alle finalità proprie con la realizzazione di "nuove" infrastrutture carcerarie.

In tal senso lo strumento della permuta permetterebbe altresì la valorizzazione di immobili, da parte dell'Amministrazione, altrimenti non facilmente commercializzabili e comporta un impegno finanziario per lo Stato limitato, almeno durante il periodo di costruzione.

4. Profili contabili delle operazioni di leasing e impatto sul bilancio pubblico delle p.a.

Un ulteriore tema rilevante per la pubblica amministrazione che intraprende un'operazione di *leasing* per realizzare un'opera pubblica è la verifica dell'impatto della stessa sul proprio bilancio.

Nel manuale del SEC 95 (Sistema Europeo dei Conti Economici) il *leasing* di beni durevoli è trattato in uno specifico capitolo³⁵ ed ai fini del trattamento nei conti nazionali viene distinto in *leasing* finanziario e *leasing* operativo. Tale distinzione pone l'accento, più che sul "*nomen iuris*" sull'aspetto economico dell'operazione e più precisamente sull'aspetto del "*controllo economico*" del bene.

Segnatamente, nel caso in cui la pubblica amministrazione effettui periodicamente pagamenti a favore della società di *leasing*³⁶, il *leasing* è considerato "finanziario" o "operativo", con conseguente diverso trattamento nei conti nazionali, in funzione dei rischi/vantaggi sostenuti/conseguiti da ciascuna delle due parti (pubblica amministrazione e società di *leasing*). In particolare:

- se durante il periodo di utilizzazione del bene la maggior parte dei rischi e dei vantaggi della proprietà grava sulla società di *leasing*, il contratto presenta le caratteristiche di un *leasing* operativo. L'infrastruttura è registrata nel conto patrimoniale della società e solo i pagamenti periodici (canoni) incidono sul deficit pubblico. Se alla fine del periodo l'infrastruttura viene trasferita alla pubblica amministrazione, essa verrà iscritta nei conti patrimoniali di quest'ultima come investimento fisso lordo, controbilanciato da un trasferimento in conto capitale: le due partite si compensano senza generare alcuna incidenza sul deficit della pubblica amministrazione stessa;

³⁵ Cfr. "Manuale del SEC 95 sul disavanzo e sul debito pubblico - Commissione Europea, 2002 - Cap. IV.4 Infrastrutture pubbliche finanziate e gestite dal settore delle società".

³⁶ Il sopra citato Manuale del SEC 95 prende in considerazione anche il caso in cui i pagamenti a favore della società di *leasing* vengano effettuati da soggetti diversi dalla pubblica amministrazione. Tale fattispecie non viene trattata nel presente documento.

- se durante il periodo di utilizzazione del bene la maggior parte dei rischi e dei vantaggi grava sull'amministrazione pubblica, il contratto presenta le caratteristiche di un *leasing* finanziario. L'infrastruttura è registrata nel conto patrimoniale della pubblica amministrazione nella categoria degli investimenti fissi lordi, controbilanciati da un prestito figurativo di pari importo. Si ha un'incidenza sul deficit della pubblica amministrazione per il valore dell'investimento, mentre il debito dell'amministrazione stessa aumenta per un importo pari all'ammontare del prestito figurativo. Durante il periodo di utilizzazione i canoni versati dovrebbero essere ripartiti in quote rimborso capitale e quota rimborso interesse del prestito figurativo. I pagamenti della quota interesse incidono sul deficit della pubblica amministrazione.

Il manuale del SEC 95, come risulta evidente, propone definizioni e criteri di classificazione delle operazioni di *leasing* non corrispondenti a quelle ad oggi utilizzate in Italia.

Nel definire il *leasing* operativo ed il *leasing* finanziario il manuale del SEC 95 fa riferimento principalmente al criterio del "rischio" ovvero all'assunzione delle varie tipologie di rischio da parte del soggetto pubblico e privato. In entrambi i casi i riflessi sugli aggregati di finanza pubblica dipenderanno, come detto, dall'esercizio del "controllo economico" e dall'assunzione di specifici rischi economici, finanziari e gestionali.

In Italia, considerata la differente accezione data dal vigente ordinamento giuridico ai concetti di *leasing* operativo e *leasing* finanziario, anche la contabilizzazione in capo al soggetto pubblico o privato segue criteri "civilistici" diversi da quelli utilizzati per la successiva riclassificazione dei conti pubblici ai fini del rispetto del Patto di Stabilità e Crescita.

In particolare, le pubbliche amministrazioni si limitano a rilevare l'esborso finanziario (canone) senza iscrivere alcun bene nel proprio bilancio. Il bene, che è considerato *asset* privato, sarà rilevato nel bilancio del soggetto realizzatore che in base alla normativa italiana ne detiene la proprietà giuridica, anche se solo da un punto di vista formale.

Al fine di determinare se un contratto di *leasing* possa essere classificato nei conti nazionali come operativo o finanziario, l'Allegato II del SEC 95 suggerisce di valutare alcuni aspetti relativi all'assunzione di varie tipologie di rischio. Specificamente, si configura di norma un *leasing* finanziario nei casi in cui:

- la responsabilità della manutenzione e l'assicurazione dell'infrastruttura sono a carico della pubblica amministrazione (l'amministrazione assume il rischio di tali oneri);
- l'amministrazione pubblica rimborsa il debito della società di *leasing* in caso di estinzione anticipata del contratto (l'amministrazione assume il rischio di estinzione anticipata del contratto);
- l'amministrazione pubblica paga un importo superiore a quello stabilito nel caso in cui i costi sostenuti dalla società di *leasing* - quali, ad esempio, i costi di manutenzione - aumentino (l'amministrazione assume il rischio di aumento dei costi).

Si configura, di norma, un *leasing* operativo nei casi in cui:

- la società di *leasing* dispone di un significativo e continuo potere discrezionale circa le modalità di adempimento del contratto, adotta le decisioni fondamentali in merito alla progettazione e costruzione dell'infrastruttura e decide le modalità con cui viene realizzata la prestazione del servizio (l'utilizzazione del bene);
- la società di *leasing* assume il rischio di variazione della domanda (i pagamenti della pubblica amministrazione sono correlati all'ammontare del servizio utilizzato);
- la società di *leasing* assume il rischio *performance* (i pagamenti della pubblica amministrazione possono subire una diminuzione quando il servizio non è all'altezza degli *standard* prestabiliti);

- la pubblica amministrazione non è obbligata ad acquisire l'infrastruttura alla scadenza del contratto se non ne ha necessità o se l'infrastruttura non è in buone condizioni;
- la società di *leasing* sopporta il rischio della domanda generata da terzi (nel caso in cui il bene sia utilizzato anche da soggetti diversi dalla pubblica amministrazione e gli introiti derivanti dalle prestazioni dirette a tali utenti costituiscano una parte significativa dei proventi complessivi).

E' opportuno sottolineare che ai fini del trattamento del *leasing* nei conti nazionali definito dal SEC 95, risulta totalmente indifferente che l'amministrazione utilizzatrice lo consideri un appalto o una forma di PPP³⁷: i riflessi sul *deficit* e sul debito sono infatti i medesimi.

Ciò che conta è la concreta verifica, nel singolo contratto di *leasing*, dell'allocazione dei rischi in capo alle parti contrattuali.

³⁷ A tale proposito appare opportuno evidenziare che la direzione statistica della Comunità Europea ha introdotto un altro documento di normazione (decisione "*Treatment of public-private partnership*" dell'11 febbraio 2004), seppur non a livello regolamentare, per disciplinare una particolare tipologia di PPP, documento che si aggiunge all'Allegato II del SEC 95. La decisione riguarda esclusivamente i contratti a lungo termine conclusi tra la pubblica amministrazione ed un *partner* privato, in cui il soggetto pubblico è il principale pagatore dei beni e servizi forniti, sia che la domanda tragga origine dalla stessa parte pubblica che da terzi e non si applica quindi, ai contratti di *leasing*, che, come già detto, sono trattati in uno specifico capitolo del Manuale del SEC 95 (cfr. nota 20).

5. Conclusioni

Alla luce delle considerazioni esposte ai paragrafi precedenti, al fine di un idoneo uso dello strumento del *leasing* per la realizzazione di nuovi istituti penitenziari, è auspicabile una maggiore azione informativa e conoscitiva, nonché una consapevole e seria azione di comunicazione sui contenuti e le potenzialità dello strumento stesso, atta a evidenziare le modalità attraverso le quali la pubblica amministrazione, ed in particolare i ministeri competenti della giustizia e delle infrastrutture dovrebbero agire nell'ambito di queste operazioni.

Come già detto, infatti, non è possibile affermare aprioristicamente la convenienza di una forma di finanziamento rispetto ad un'altra, essendo necessario effettuare, per ogni singolo intervento infrastrutturale della pubblica amministrazione, un'accurata analisi delle condizioni di contesto, anche attraverso la citata verifica del *public sector comparator* - PSC.

In altre parole, in un sistema dove le pubbliche amministrazioni sono chiamate a svolgere la loro attività istituzionale ispirandosi ai criteri di efficienza, efficacia ed economicità ed attuando meccanismi e strumenti di monitoraggio e valutazione dei costi, una corretta gestione del bilancio impone anche di saper valutare ed individuare i canali di finanziamento più economici e di minor incidenza negativa sul bilancio e sulla collettività.

Da qui la necessità, da parte della pubblica amministrazione di redigere accurati studi di fattibilità, dai quali fare emergere, per ogni singolo intervento, l'identificazione, la specificazione e la comparazione tra due o più alternative, atte a cogliere le più idonee modalità di realizzazione dell'infrastruttura ed a consentire alla pubblica amministrazione una decisione fondata e motivata verso la scelta di quella soluzione che possa produrre il migliore risultato in termini di benefici e costi sociali ed economici.

In particolare, nel caso di ipotesi di utilizzo di forme di PPP, gli studi di fattibilità dovrebbero prevedere l'accertamento del cd. "*Value for Money*", ossia del beneficio, in termini

finanziari, derivante del ricorso a tali tipi di operazioni. Ciò vale, a maggior ragione, nel caso di utilizzo del *leasing*, in considerazione dei costi aggiuntivi che devono essere sostenuti dalla pubblica amministrazione per la remunerazione che dovrà essere riconosciuta ai *partner* privati (società di *leasing*, banche) per il finanziamento della costruzione dei penitenziari.

L'uso di tale strumento, quindi, è auspicabile anche ai fini della realizzazione di nuovi istituti penitenziari ovvero per l'ampliamento delle carceri esistenti attraverso la costruzione di nuovi padiglioni, purché si traduca in una modalità realizzativa conveniente per l'operatore pubblico, se non in termini di costi, in termini di trasferimento di rischi e di raggiungimento dei benefici in precedenza elencati³⁸.

La stessa pubblica amministrazione, pertanto, dovrebbe porre in essere azioni volte a garantire la creazione di valore ed aumentare la buona riuscita di tali operazioni operando nelle seguenti direzioni:

- predisponendo bandi completi che chiariscano gli aspetti salienti della procedura di gara e del progetto, fra cui l'individuazione dei requisiti, i criteri per la selezione delle offerte e, non ultima, la definizione e la divisione delle responsabilità fra la società di *leasing* ed il costruttore;
- assicurando la massima chiarezza e trasparenza nelle formule contrattuali e nelle modalità operative;
- operando nella direzione del trasferimento di parte del rischio al soggetto privato, in quanto ciò spiegherebbe il maggior costo, sostenuto dalla pubblica amministrazione, in virtù dei compiti-doveri (quindi rischi), che la società di *leasing* si dovrebbe accollare;

³⁸ In tal senso V. Delibera n.1139/2009 Corte dei Conti, Sez. Reg. di controllo per la Lombardia (qui allegata in "appendice"), riguardante le caratteristiche che devono presentare le operazioni di leasing immobiliare per la costruzione di opere pubbliche.

- servendosi esclusivamente di società di *leasing* che presentino offerte con fornitori (costruttori) affidabili, che abbiano dimostrato capacità organizzative tali da assicurare la realizzazione dell'opera con le caratteristiche richieste che siano invariabili, di importo certo e non rivedibile.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Appalti pubblici e leasing*, Il sole 24 ore, 2001

Baldinato M., *Leasing immobiliare*, Osservatorio di diritto comunitario e nazionale sugli appalti, Seminari di diritto comunitario e nazionale, 2007

Botto A., “*Il secondo decreto correttivo (D.Lgs. 31 luglio 2007, n. 113), con particolare riferimento alla finanza di progetto e alla locazione finanziaria*”, Relazione al Convegno IGI, Roma, settembre 2007

Botto A., *Il leasing in costruendo nella “giurisprudenza” dell’Autorità di vigilanza e nell’evoluzione normativa*, in *Leasing in costruendo*, coll. Codice dei Contratti Pubblici, UTET, 2009

Caianiello-M. Erolì, *Leasing pubblico*, in *Enc. dir.*, aggiornamento-II, Giuffrè, Milano, 1998, 489

Cerritelli M., “*I vantaggi per le pubbliche amministrazioni: valutazione comparativa con altre forme di finanziamento per la realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità*”, relazione al Seminario Paradigma “*Il leasing immobiliare pubblico e le novità in materia di finanza di progetto*”, Roma, ottobre 2007

Cerulli A., *L’utilizzo degli strumenti finanziari per la realizzazione di opere pubbliche. Il confronto tra project financing e leasing immobiliare*, articolo on-line: analisi.aziendale.it, maggio 2002

Cori R., Martiniello L., Samoggia M., *La locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità e il partenariato pubblico privato*, in *Leasing in costruendo*, coll. Codice dei Contratti Pubblici, UTET, 2009

Cian G., Trabucchi A., *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2004, 3077

Clarizia A., *Alcune considerazioni sul contratto di locazione finanziaria*, in *Banca, Borsa e titoli di credito*, 1976, II, 471

Clarizia A., “*Leasing immobiliare pubblico: appalto di lavori o di servizi? Il problema delle varianti*”, in www.giustamm.it

Crocco D., *Introduzione al leasing immobiliare pubblico*, in *Leasing in costruendo*, coll. Codice dei Contratti Pubblici, UTET, 2009

De Nictolis R., “*Le novità recate dal secondo correttivo del codice dei contratti pubblici e le ulteriori sopravvenienze normative*”, 2007, Giuffrè

ESA 95 *Manual on Government deficit and debt-Cap. IV.4 “Public infrastructure financed and exploited by the corporation sector”*, European Communities, 2002

Fischione G., *Il leasing per la realizzazione di opere pubbliche*, Egea, 2002

Galtieri C., “*I rapporti tra società di leasing, impresa di costruzione ed ente appaltante*”, Relazione al Seminario Paradigma “*Il leasing immobiliare pubblico e le novità in materia di finanza di progetto*”, Roma, ottobre 2007

Gazzoni F., “*Manuale di diritto privato*”, 1 Edizioni Scientifiche Italiane, 1993

La Torre, *Manuale della locazione finanziaria*, Giuffrè, 2002

Nati E., *Il leasing Pubblico: problematiche attuali*, in *Rassegna Giuridica dell’Energia Elettrica* 2003, Fasc. 1-2, 2003

Nigro M., *Il ricorso degli enti locali al leasing finanziario. L’impatto sul bilancio*, Liuc Papers , ottobre 2004

Sterrantino D., *Il contratto di locazione finanziaria. Bando di gara e contratto*, in *Leasing in costruendo*, coll. Codice dei Contratti Pubblici, UTET, 2009

Tabet, *La locazione di beni strumentali (leasing)*, in *Banca, Borsa e titoli di credito*, 1973, II, 287

Torrente A., Schlesinger P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 2007

Realfonzo U., Galtieri C., Clarizia R., *Appalti pubblici e Leasing*, Milano, 2001

APPENDICI

- **Normativa di riferimento** (stralci articoli di legge)
- **Delibere n. 87/2008 e n. 1139/2009, Corte dei Conti, Sez. Reg. di controllo per la Lombardia**
- **Dati statistici sovraffollamento detenuti (2009-2010)**
- **Estratto “Piano straordinario di edilizia penitenziaria” (2009-2012)**
- **Estratti dati di bilancio economico della spesa riguardante il detenuto ed i penitenziari**