

Fabio Catino, Andrea Zaghi, Marco Falcone,
Agime Gerbeti, Francesco Scalia

Politiche e strumenti per gli obiettivi clima-energia al 2030

2030

5030



AIEE

ASSOCIAZIONE
ITALIANA ECONOMISTI
DELL'ENERGIA

8. Contratto di rendimento energetico e Partenariato Pubblico – Privato

Francesco Scalia

PREMESSA. IL CONTRATTO DI RENDIMENTO ENERGETICO. LE TIPOLOGIE DI CONTRATTI DI RENDIMENTO ENERGETICO AFFERMATESI NELLA PRASSI. IL CONTRATTO DI PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO E LE DECISIONI EUROSTAT. LA POSIZIONE DI ENEA CIRCA LA POSSIBILITÀ DI CONFIGURARE L'EPC QUALE CONTRATTO DI PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO.

CONCLUSIONI: L'EPC QUALE (POSSIBILE) CONTRATTO DI PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO.

8.1 Premessa

La direttiva (UE) 2018/844⁹⁵ pone l'obiettivo – vincolante a livello europeo – del 32,5 per cento di efficienza energetica⁹⁶ al 2030 rispetto allo scenario di riferimento 2007. Nei settori non rientranti nell'*Emission Trading Scheme* (ETS) (residenziale, servizi e larga parte dei settori trasporti), il *target* per l'Italia è del 33 per cento rispetto ai livelli del 2005⁹⁷.

Ad oggi il nostro Paese ha raggiunto *performance* di efficienza energetica elevate soprattutto nel settore industriale⁹⁸. Permane un potenziale di crescita consistente nel settore civile (residenziale e terziario) e nei trasporti.

La riqualificazione energetica degli edifici sconta due ordini di difficoltà: la scarsa consapevolezza dei consumatori circa i benefici ad essa collegati e costi di investimento generalmente elevati rispetto ai benefici ottenuti. Tant'è che il rapporto costo-efficacia degli strumenti di incentivazione dedicati al settore dell'edilizia (detrazioni fiscali e conto termico) risulta fino a otto volte superiore rispetto al meccanismo dei certificati bianchi, utilizzato prevalentemente nel settore industriale.

Particolarmente rilevante è il potenziale di crescita dell'efficienza energetica del parco immobiliare pubblico. La direttiva 2010/31/UE⁹⁹ sulla prestazione energetica nell'edilizia pone per ciascun Stato membro l'obbligo di adeguare ai migliori *standard*

⁹⁵ La direttiva 2018/844/UE – di revisione della direttiva 2010/31/UE sulla prestazione energetica nell'edilizia e della direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica – è entrata in vigore il 9 luglio 2018 e dovrà essere recepita dai Paesi membri entro il 10 marzo 2020.

⁹⁶ Definita dall'art. 2, comma 1, lett. b), del d.lgs. 30 maggio 2008, n. 115, richiamato dall'art. 2, comma 1, lett. a), del d.lgs. 4 luglio 2014, n. 102: «il rapporto tra i risultati in termini di rendimento, servizi, merci o energia, da intendersi come prestazione fornita e l'immissione di energia».

⁹⁷ *Target* fissato nel 2016 dalla proposta di estensione dell'*Effort Sharing Decision* al 2030.

⁹⁸ L'Italia, con un'intensità energetica pari a circa 100 tep (tonnellata equivalente di petrolio) per milione di euro di PIL nel 2015, inferiore del 18 per cento rispetto alla media eurounitaria (UE 28): 120 tep per milione di euro di PIL. Meglio dell'Italia si colloca il solo Regno Unito con 94 tep per milione di euro di PIL.

⁹⁹ Modificata dalla direttiva (UE)2018/844.

energetici ogni anno il 3 per cento della superficie coperta utile degli edifici della pubblica amministrazione centrale¹⁰⁰.

In tale ambito un ruolo significativo può svolgere il Contratto di rendimento energetico (*Energy Performance Contract*)¹⁰¹ ed il ricorso al Partenariato Pubblico-Privato.

La disciplina di quest'ultimo, contenuta nel codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), consente alle ESCO di proporre alle amministrazioni pubbliche soluzioni di riqualificazione energetica dei loro edifici (cfr. art. 183, comma 15, del codice) ed all'amministrazione di porre a base della gara per l'individuazione della proposta economicamente e tecnicamente più vantaggiosa il progetto di fattibilità della ESCO proponente, che avrà comunque il diritto di vedersi aggiudicata la gara alle condizioni individuate come migliori all'esito della stessa ovvero di optare per il rimborso delle spese sostenute per la formulazione della proposta.

Un siffatto procedimento consente all'amministrazione pubblica – in un settore caratterizzato da elevati contenuti tecnologici, in continua e rapida evoluzione – di avvalersi delle competenze tecniche delle ESCO, le quali, avendo la garanzia di essere quanto meno rimborsate per le spese sostenute, possono investire in progetti di fattibilità adeguati alle esigenze e potenzialità dei singoli immobili della P.A..

Inoltre, per i profili della finanza pubblica, gli investimenti in PPP sono *off balance*, non costituendo debito pubblico, e non rilevano pertanto ai fini del rispetto del patto di stabilità.

Come ho argomentato in altro scritto¹⁰², cui mi permetto di fare rinvio per maggiori approfondimenti, il contratto di rendimento energetico può sostanziarsi in un contratto di partenariato pubblico privato, ovviamente, qualora ne rispetti i caratteri essenziali.

Sul punto rimane – allo stato – non superata la posizione sostanzialmente contraria di ENEA, cui il legislatore italiano ha conferito il compito di definire il contratto di rendimento energetico tipo.

¹⁰⁰ La Commissione X del Senato, con risoluzione del 27 ottobre 2017 (Doc. XVIII n. 223), ha auspicato l'estensione di tale obbligo al parco immobiliare di tutta la pubblica amministrazione.

¹⁰¹ L'art. 5, comma 11, del d.lgs. n. 102/2014 dispone che, per la realizzazione degli interventi rientranti nel programma di riqualificazione energetica annua di almeno il 3 per cento della superficie utile degli immobili dell'amministrazione centrale, le amministrazioni pubbliche «favoriscono il ricorso allo strumento del finanziamento tramite terzi e ai contratti di rendimento energetico e possono agire tramite l'intervento di una o più ESCO». Inoltre, l'art. 18 della direttiva 27/2012/UE dispone che gli Stati membri promuovono il mercato dei servizi energetici e l'accesso delle PMI a tale mercato, tra l'altro, «d) sostenendo il settore pubblico nell'esame delle offerte di servizi energetici, in particolare per gli interventi di ristrutturazione edilizia: i) offrendo contratti tipo per i contratti di rendimento energetico che contengono almeno gli elementi elencati all'allegato XIII; ii) fornendo informazioni sulle migliori pratiche per i contratti di rendimento energetico, che includano, se disponibile, un'analisi costi-benefici basata sull'approccio del ciclo di vita».

¹⁰² F. SCALIA, *L'Energy Performance Contract (EPC) quale operazione di partenariato pubblico privato per la riqualificazione energetica del patrimonio immobiliare pubblico*, in *Federalismi.it*, 6 marzo 2019.

Nel frattempo è però intervenuto un importante parere della Corte dei conti, di cui l’Agenzia non può non tenere conto.

Pertanto, dopo aver illustrato sinteticamente le due figure contrattuali e i termini della questione controversa, darò conto delle conclusioni di tale parere.

8.2 Il contratto di rendimento energetico

Il contratto di rendimento energetico¹⁰³ è stato introdotto nell’ordinamento comunitario dalla direttiva 2006/32/CE, relativa all’efficienza degli usi finali dell’energia e i servizi energetici, e recepito nell’ordinamento interno con il d.lgs. 30 maggio 2008, n. 115, di attuazione della direttiva citata. Oggi è disciplinato dal d.lgs. 4 luglio 2014, n. 102¹⁰⁴, il cui art. 2, lett. n), lo definisce: «*accordo contrattuale tra il beneficiario o chi per esso esercita il potere negoziale e il fornitore di una misura di miglioramento dell’efficienza energetica, verificata e monitorata durante l’intera durata del contratto, dove gli investimenti (lavori, forniture o servizi) realizzati sono pagati in funzione del livello di miglioramento dell’efficienza energetica stabilito contrattualmente o di altri criteri di prestazione energetica concordati, quali i risparmi finanziari*»¹⁰⁵.

¹⁰³ Sul contratto di rendimento energetico si vedano: G. SCARCHILLO, *Gli Energy Savings Performance Contracts nelle relazioni di partenariato tra Pubblica Amministrazione ed ESCo: una comparazione tra l’esperienza italiana e statunitense*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell’Ambiente*, n. 1/2019, pp. 4 ss.; M.G. CAPPIELLO, *Contratto di rendimento energetico e tutela dei terzi*, in *ibidem*, n. 2/2018, pp. 34 ss.; F. BENATTI, *Il contratto di rendimento energetico (profili generali)* e P. BIANDRINO, *I contratti di efficienza energetica: regole civilistiche e interesse pubblico (notazioni sparse)*, in P. BIANDRINO – M. DE FOCATIIS (a cura di), *Efficienza energetica ed efficienza del sistema dell’energia: un nuovo modello?*, Milano, 2017, rispettivamente, pp. 137 ss. e pp. 149 ss.; M.G. LANDI – M. MATERA – P. TELESCA – C. BENANTI – E. VALERIANI, *I contratti di prestazione energetica (EPC)*, RT/2017/39ENEA, in *openarchive.enea.it*; S. TRINO, *Il contratto di rendimento energetico*, in L. CARBONE – G. NAPOLITANO – A. ZOPPINI (a cura di), *Politiche pubbliche e disciplina dell’efficienza energetica*, Bologna, 2016, pp. 395 ss.; L. PAROLA – T. ARNONI – S. GRANATA, *I contratti di efficienza energetica. Profili regolamentari e prassi*, in *I Contratti*, 2015, pp. 517 ss.; M. MAUGERI, *Il contratto di rendimento energetico e i suoi «elementi minimi»*, in *Nuova giur. civ.*, 2014, pp. 420 ss.; M. PENNASILICO (a cura di), *Manuale di diritto civile dell’ambiente*, Napoli, 2014, pp. 242 ss.; P. PISELLI – A. STIRPE (a cura di), *Il contratto di rendimento energetico*, Torino, 2011, pp. 37 ss.; P. PISELLI – S. MAZZANTINI – A. STIRPE, *Il contratto di rendimento energetico*, in www.treccani.it, 11 marzo 2010.

¹⁰⁴ Di recepimento della direttiva 27/12/UE sull’efficienza energetica.

¹⁰⁵ M.G. LANDI – M. MATERA – P. TELESCA – C. BENANTI – E. VALERIANI, *I contratti di prestazione energetica (EPC)*, cit., rilevano che, malgrado la traduzione letterale di EPC “*Energy Performance Contract*” sia “contratto di prestazione energetica”, questo sia stato introdotto nel nostro ordinamento con il d.lgs. n. 115/2008 con la titolazione di “contratto di rendimento energetico”. Gli Autori evidenziano l’uso promiscuo della nomenclatura nel d.lgs. n. 102/2014, che, se definisce con l’art. 2, lett. n), il «contratto di rendimento energetico», parla all’art. 14, comma 1, di «contratti di prestazione energetica». Il testo citato opta autorevolmente – trattandosi di un rapporto tecnico ENEA – per l’uso del nome “contratto di prestazione energetica” in quanto «il rendimento in genere può riferirsi al solo funzionamento dell’impianto mentre la prestazione considera il sistema edificio in relazione al profilo di utenza ad esso afferente, alla allocazione e al rendimento degli impianti, ma anche alla performance che l’edificio sviluppa in funzione del miglioramento degli stessi impianti». Sembra, invece, a chi scrive, al di là del significato tecnico dei termini, preferibile mantenere il titolo dato al contratto dal legislatore. Questi, infatti, usa indifferentemente i termini “rendimento” e “prestazione” energetici, tanto che la traduzione italiana del titolo inglese della direttiva 2002/91/CE «*on the energy performance of building*» è «sul rendimento energetico degli edifici», mentre la tradizione del

L'allegato VIII al d.lgs. n. 102/2014 indica gli elementi minimi che devono figurare nei contratti di rendimento energetico sottoscritti con il settore pubblico e nel relativo capitolato d'appalto¹⁰⁶, dando seguito ad un processo di standardizzazione di tale figura contrattuale avviato dall'art. 7 del decreto del Ministro dello sviluppo economico 28 dicembre 2012¹⁰⁷ ed implementato dall'art. 5 del d.l. 4 giugno 2013, n. 63, che, inserendo l'art. 4-ter nel d.lgs. 19 agosto 2005, n. 192, ha incaricato l'Agenzia nazionale per le nuove tecnologie, l'energia e lo sviluppo economico sostenibile (ENEA), di mettere a disposizione, entro 90 giorni dall'entrata in vigore del provvedimento, «un contratto-tipo per il miglioramento del rendimento energetico dell'edificio, analogo al contratto di rendimento europeo EPC»¹⁰⁸.

medesimo titolo inglese della direttiva 2010/31/UE è «sulla prestazione energetica degli edifici». Il testo originario dell'art. 2, comma 1, lett. c), d.lgs. 19 agosto 2005, n. 192, di recepimento della direttiva 2002/91/CE «relativa al rendimento energetico nell'edilizia», conteneva la definizione di "prestazione energetica, efficienza energetica ovvero rendimento di un edificio", dimostrando di ritenere equivalenti le diverse nomenclature. Il testo attualmente vigente della norma, così come modificato dall'art. 2, comma 1, d.l. 4 giugno 2013, n. 63, convertito con modificazioni dalla legge 3 agosto 2013, n. 90, si riferisce alla sola "prestazione energetica di un edificio", definita come «la quantità annua di energia primaria effettivamente consumata o che si prevede possa essere necessaria per soddisfare, con un uso standard dell'immobile, i vari bisogni energetici dell'edificio, la climatizzazione invernale ed estiva, la preparazione dell'acqua calda per usi igienici sanitari, la ventilazione e, per il settore terziario, l'illuminazione, gli impianti ascensori e scale mobili». L'art. 2 non contiene però una diversa definizione di rendimento energetico, confermando così di ritenere i termini equivalenti. L'art. 2, lett. n), d.lgs. n. 102/2014, infine, indica quale oggetto del contratto di rendimento energetico la fornitura di una misura di miglioramento di efficienza energetica pagata «in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica stabilito contrattualmente o di altri criteri di prestazione energetica concordati, quali i risparmi finanziari», dimostrando definitivamente di ritenere equivalenti le nomenclature "rendimento energetico" e "prestazione energetica".

¹⁰⁶ a) un elenco chiaro e trasparente delle misure di efficienza da applicare o dei risultati da conseguire in termini di efficienza; b) i risparmi garantiti da conseguire applicando le misure previste dal contratto; c) la durata e gli aspetti fondamentali del contratto, le modalità e i termini previsti; d) un elenco chiaro e trasparente degli obblighi che incombono su ciascuna parte contrattuale; e) data o date di riferimento per la determinazione dei risparmi realizzati; f) un elenco chiaro e trasparente delle fasi di attuazione di una misura o di un pacchetto di misure e, ove pertinente, dei relativi costi; g) l'obbligo di dare piena attuazione alle misure previste dal contratto e la documentazione di tutti i cambiamenti effettuati nel corso del progetto; h) disposizioni che disciplinino l'inclusione dei requisiti equivalenti in eventuali concessioni in appalto a terze parti; i) un'indicazione chiara e trasparente delle implicazioni finanziarie del progetto e la quota di partecipazione delle due parti ai risparmi pecuniari realizzati (ad es., remunerazione dei prestatori di servizi); j) disposizioni chiare e trasparenti per la quantificazione e la verifica dei risparmi garantiti conseguiti, controlli della qualità e garanzie; k) disposizioni che chiariscano la procedura per gestire modifiche delle condizioni quadro che incidono sul contenuto e i risultati del contratto (ad es., modifica dei prezzi dell'energia, intensità d'uso di un impianto); l) informazioni dettagliate sugli obblighi di ciascuna delle parti contraenti e sulle sanzioni in caso di inadempienza.

¹⁰⁷ Recante disposizioni in materia di incentivazione della produzione di energia termica da fonti rinnovabili ed interventi di efficienza energetica di piccole dimensioni. L'art. 7 del d.m. citato precisava che, entro novanta giorni dall'entrata in vigore del decreto stesso, la Consip e le regioni, anche con il coinvolgimento dell'ANCI, avrebbero dovuto sviluppare congiuntamente «contratti tipo di rendimento energetico, tra le amministrazioni pubbliche, le ESCo e gli enti finanziatori al fine di facilitare l'accesso agli incentivi per l'efficienza energetica e al produzione di calore da fonti rinnovabili». Per tale adempimento Consip S.p.a. avrebbe potuto avvalersi del supporto tecnico dell'ENEA. Tali modelli contrattuali sono resi disponibili anche dal GSE sul proprio portale.

¹⁰⁸ L'ENEA ha pubblicato nel settembre 2014 le «Linee guida Contratti di Prestazione Energetica (EPC)», definendo un contratto tipo, integrato (ai sensi dell'art. 14, comma 4, d.lgs. n. 102/2014) con elementi minimi elencati dell'allegato VIII al d.lgs. 102 cit.. Nel marzo 2017, l'ENEA ha trasmesso al Ministero dello Sviluppo Economico una nuova versione delle linee guida, definendo un quadro di riferimento *standard* (linee guida più capitolato tecnico) attraverso cui elaborare un modello di contratto EPC che ha per oggetto un Servizio Unico, il «Servizio di Prestazione

La necessità di definire un modello tipo¹⁰⁹ si spiega con la particolare complessità di tali contratti, che intrecciano contenuti giuridici, economici (modalità di finanziamento, calcolo delle prestazioni, etc.) e ingegneristici (diagnosi energetica, interventi di riqualificazione edilizia ed impiantistica)¹¹⁰. Peraltro, nella prassi l'EPC viene solitamente articolato in una pluralità di contratti collegati (sub-contratti del contratto base, contratti collegati e contratti accessori) tra loro interdipendenti¹¹¹.

Elementi essenziali di tale figura contrattuale sono l'incremento del livello di efficienza energetica¹¹² (la *performance*) ed il rapporto tra questa e la remunerazione, la quale è commisurata ai risultati effettivamente conseguiti¹¹³. Per il resto, il contratto di rendimento energetico può anche non corrispondere al modello contrattuale tipizzato dal d.lgs. n. 102 del 2014, comprensivo di tutti gli "elementi minimi" indicati nell'allegato VIII al decreto, sempre che il difetto dei requisiti minimi non renda nullo il contratto per indeterminabilità dell'oggetto¹¹⁴. Ciò salvo che il contratto non abbia

Energetica». È singolare che in una pubblicazione ENEA (M.G. LANDI – M. MATERA – P. TELESCA – C. BENANTI – E. VALERIANI, *I contratti di prestazione energetica (EPC)*, cit., pp. 19-20) si lamenti l'insufficienza degli elementi minimi «a fornire agli operatori pubblici e privati uno strumento di agevole utilizzo che consenta nel tempo la rapida diffusione del contratto in Italia» e si invochi un «provvedimento legislativo che porti rapidamente ad una loro tipizzazione», visto che il legislatore ha delegato ENEA proprio a provvedere a tal fine.

¹⁰⁹ Imposta dall'art. 18, lett. d), della direttiva 27/2012/UE, il quale dispone che gli Stati membri promuovono il mercato dei servizi energetici e l'accesso delle PMI a tale mercato, tra l'altro, «d) sostenendo il settore pubblico nell'esame delle offerte di servizi energetici, in particolare per gli interventi di ristrutturazione edilizia: i) offrendo contratti tipo per i contratti di rendimento energetico che contengono almeno gli elementi elencati all'allegato XIII [...]».

¹¹⁰ Si veda, sul punto, F. BENATTI, *Il contratto di rendimento energetico (profili generali)*, in P. BIANDRINO – M. DE FOCATIIS (a cura di), *Efficienza energetica ed efficienza del sistema dell'energia: un nuovo modello?*, cit., p. 139: «[l]a stipulazione del contratto non può non essere preceduta da un'analisi energetica che accerti le prestazioni attuali dell'impianto, preveda i consumi dopo la realizzazione del progetto e successivamente da un'analisi economica che valorizzi i consumi attuali e ipotizzi quelli futuri, la quantificazione degli investimenti necessari, la previsione economica dei risparmi, l'individuazione di possibili forme di sostegno pubblico». Cfr., inoltre, P. PISELLI - S. MAZZANTINI - A. STIRPE, *Il contratto di rendimento energetico*, cit., i quali sottolineano anche l'importanza della fase di redazione del contratto, «in quanto le variabili (anche esecutive) degli interventi di riqualificazione sono tante e tali da dover essere puntualmente definite di sede di regolamentazione contrattuale, che dovrà essere quanto più possibile modulata al tipo di intervento da realizzare sulla base del progetto approvato».

¹¹¹ Cfr. P. BIANDRINO, *I contratti di efficienza energetica: regole civilistiche*, in P. BIANDRINO – M. DE FOCATIIS (a cura di), *Efficienza energetica ed efficienza del sistema dell'energia: un nuovo modello?*, cit., p. 154, il quale sottolinea che «per assicurare la massima efficienza, efficacia ed economicità, è fondamentale "progettare" l'insieme degli accordi con una visione olistica».

¹¹² L'art. 2, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 115/2008, definisce "miglioramento dell'efficienza energetica": «un incremento dell'efficienza degli usi finali dell'energia, risultante da cambiamenti tecnologici, comportamentali o economici».

¹¹³ L'obbligazione che assume il fornitore della misura di efficienza energetica è un'obbligazione di risultato e non di mezzi. Cfr. M. MAUGERI, *Il Contratto di rendimento energetico e i suoi «elementi minimi»*, cit., che individua l'elemento caratterizzante del contratto nel «rapporto vincolato fra la remunerazione dell'investimento e il miglioramento dell'efficienza energetica (laddove per "efficienza energetica" si intende il rapporto tra i risultati in termini di rendimento, servizi, merci o energia, da considerarsi come prestazione fornita, e l'immissione di energia; e per "miglioramento dell'efficienza energetica" l'incremento dell'efficienza degli usi finali dell'energia, risultante da cambiamenti tecnologici, comportamentali o economici».

¹¹⁴ F. BENATTI, *Il contratto di rendimento energetico (profili generali)*, in P. BIANDRINO – M. DE FOCATIIS (a cura di), *Efficienza energetica ed efficienza del sistema dell'energia: un nuovo modello?*, cit., pp. 142-144, sulla scorta delle conclusioni raggiunte dalla dottrina in ordine agli artt. 35, 85 e 86 del codice dei consumatori, afferma che requisito

come parte una pubblica amministrazione ovvero, anche se concluso tra privati, questi non vogliano accedere al regime di incentivi del c.d. «conto termico», di cui al d.m. 28 dicembre 2012, ai sensi dell'art. 7, comma 6, d.lgs. n. 102/2014¹¹⁵. Ed invero, gli elementi minimi hanno proprio la funzione di garantire il costante monitoraggio dell'*iter* di approssimazione agli obiettivi di efficienza energetica¹¹⁶.

Parti essenziali del contratto sono il fornitore della misura di efficienza energetica, di regola una ESCO¹¹⁷, ed il beneficiario della stessa. Il contratto di rendimento energetico può anche avere una struttura trilaterale: ciò avviene quando l'investimento sia finanziato da un soggetto diverso dal fornitore la misura di efficienza energetica, attraverso il meccanismo del finanziamento tramite terzi (FTT)¹¹⁸.

Oggetto del contratto è il servizio energetico, definito dall'art. 2, comma 1, lett. mm), d.lgs. n. 102/2014: «*la prestazione materiale, l'utilità o il vantaggio derivante dalla combinazione di energia con tecnologie ovvero con operazioni che utilizzano efficacemente l'energia, che possono includere le attività di gestione, di manutenzione e di controllo necessarie alla prestazione del servizio, la cui fornitura è effettuata sulla base di un contratto e che in circostanze normali ha dimostrato di portare a miglioramenti dell'efficienza energetica e a risparmi energetici primari verificabili e misurabili o stimabili*»¹¹⁹.

essenziale a pena di nullità del contratto è anche «la chiarezza e trasparenza del dettato», in quanto funzionale alla protezione del cliente.

¹¹⁵ L'art. 7, comma 6, d.lgs. n. 102/2014 dispone che, ai fini dell'accesso all'incentivo di cui al conto termico, sono considerati contratti di rendimento energetico solo quelli che presentano gli elementi minimi elencati nell'allegato VIII del decreto legislativo. Cfr. L. PAROLA – T. ARNONI – S. GRANATA, *I contratti di efficienza energetica. Profili regolamentari e prassi*, cit., p. 528: «[n]ulla vieta, pertanto, che le parti stipolino un contratto privo degli elementi minimi di cui all'Allegato 8, ma comunque volto al miglioramento delle prestazioni energetiche degli edifici e degli impianti, con la conseguenza che quest'ultimo, pur non potendo qualificarsi come contratto di rendimento energetico e accedere così ai benefici di cui al conto termico, resti comunque valido ed efficace».

¹¹⁶ Si veda, in questo senso, M. MAUGERI, *Il Contratto di rendimento energetico e i suoi «elementi minimi»*, cit., p. 425: «[t]ali elementi sono prescritti al fine di connotare il tipo di contratto che si ritiene appropriato a far raggiungere gli obiettivi che il legislatore intende perseguire».

¹¹⁷ Acronimo di *Energy Service Company*, definita dall'art. 2, comma 1, lett. i), d.lgs. n. 115/2008: «*persona fisica o giuridica che fornisce servizi energetici ovvero altre misure di miglioramento dell'efficienza energetica nelle installazioni o nei locali dell'utente e, ciò facendo, accetta un certo margine di rischio finanziario. Il pagamento dei servizi forniti si basa, totalmente o parzialmente, sul miglioramento dell'efficienza energetica conseguito e sul raggiungimento degli altri criteri stabiliti*». P. PISELLI – S. MAZZANTINI – A. STIRPE, *Il contratto di rendimento energetico*, cit., evidenziano che l'EPC è il modello contrattuale che caratterizza l'attività delle ESCO. Se è vero, infatti, che queste sono operatori del mercato dei servizi energetici in grado di avere una visione d'insieme della problematica energetica del cliente, gestendo e coordinando le diverse fasi volte alla individuazione, progettazione e realizzazione dell'intervento che meglio garantisce il raggiungimento dell'efficienza energetica di strutture e impianti, l'EPC è senza dubbio lo strumento che sintetizza l'operatività di questi soggetti.

¹¹⁸ Definito all'art. 2, comma 1, lett. m), d.lgs. n. 115/2008: «*accordo contrattuale che comprende un terzo, oltre al fornitore di energia e al beneficiario della misura di miglioramento dell'efficienza energetica, che fornisce i capitali per tale misura e addebita al beneficiario un canone pari a una parte del risparmio energetico conseguito avvalendosi della misura stessa. Il terzo può essere una ESCO*».

¹¹⁹ M.G. LANDI – M. MATERA – P. TELESCA – C. BENANTI – E. VALERIANI, *I contratti di prestazione energetica (EPC)*, cit., p. 20, ritengono che tale definizione sia problematica per gli EPC che incidono sugli edifici, per la difficoltà di ricomprendere in essa, salvo un'interpretazione estensiva del termine «operazioni», i lavori che coinvolgono

8.3 Le tipologie di contratti di rendimento energetico affermatesi nella prassi

La definizione che del contratto di rendimento energetico dà l'art. 2, lett. n), d.lgs. n. 102/2014, sembra far riferimento ai due tipi contrattuali più utilizzati dalla prassi: il contratto di rendimento energetico “a risparmi garantiti” (*guaranteed savings*) ed il contratto “a risparmi condivisi” (*shared saving*), che si differenziano tra loro soprattutto per l'allocazione del rischio finanziario e per il regime di proprietà degli impianti e delle opere realizzati¹²⁰. Infatti, la norma prevede che i lavori, le forniture e i servizi realizzati dalla ESCO siano pagati in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica stabilito contrattualmente (del risparmio garantito, quindi) «o di altri criteri di prestazione energetica concordati, quali i risparmi finanziari».

In particolare, con il contratto di rendimento energetico a risparmi garantiti la ESCO assicura, dietro corrispettivo, un livello di risparmio energetico predefinito, con penali in caso di risparmio inferiore¹²¹. Il rischio finanziario grava sul beneficiario, che mantiene anche la proprietà degli impianti e delle opere. Il *guaranteed saving* può realizzarsi anche con il meccanismo del FTT, nel qual caso avrà una struttura trilaterale.

Con il contratto a risparmi condivisi, invece, la ESCO assume il rischio finanziario realizzando gli impianti e le opere funzionali al miglioramento dell'efficienza energetica, mantenendo la proprietà degli stessi fino alla scadenza del contratto (secondo lo schema c.d. BOOT - *build-own-operate-transfer*). L'investimento e l'utile della ESCO vengono compensati dai proventi del risparmio energetico, trattenuti *in toto* (c.d. *first out*) o condivisi (c.d. *shared saving*) con il beneficiario dell'intervento per la durata del contratto.

La natura atipica del contratto di rendimento energetico ha fatto sì che nella prassi si affermassero ulteriori tipologie contrattuali, quali derivazioni ed adattamenti dei due schemi appena tratteggiati. Tra queste: il c.d. *four step*, con il quale la ESCO realizza un graduale miglioramento del sistema energetico del contraente in quattro fasi,

l'involucro. Più puntuale per gli edifici la definizione di servizio energetico proposta da ENEA nelle “Linee guida per i contratti di prestazione energetica degli edifici”, redatte ai sensi dell'art. 14 del d.lgs. n. 102/2014, non ancora poste in fase di consultazione pubblica: «la prestazione materiale, l'utilità o il vantaggio derivante dall'uso dell'energia abbinato a tecnologie, consistente nella fornitura e posa in opera di prodotti, componenti e sistemi per l'edificio inclusivi delle azioni di gestione, manutenzione e controllo, il tutto finalizzato al miglioramento dell'efficienza energetica dell'edificio stesso e ai risparmi energetici primari verificabili e misurabili, e regolato sulla base di un contratto le cui prestazioni non sono separabili. Fa parte del servizio di prestazione energetica anche l'eventuale fornitura dei vettori energetici».

¹²⁰ Così L. PAROLA – T. ARNONI – S. GRANATA, *I contratti di efficienza energetica. Profili regolamentari e prassi*, cit., p. 526.

¹²¹ Mentre qualora i risparmi siano superiori alle attese, essi vanno a beneficio del cliente.

utilizzando per ogni *step* i risparmi conseguiti dall'intervento precedente¹²²; lo *chauffage*, normalmente applicato ai servizi di climatizzazione, con il quale il beneficiario affida la gestione dei propri impianti alla ESCO, che provvede al pagamento delle bollette energetiche e del combustibile per tutta la durata del contratto, dietro il corrispettivo di un canone pari alla spesa energetica storica o a questa meno quanto pattuito; il contratto servizio energia "plus", con il quale il fornitore del vettore energetico si obbliga a ridurre, in un arco temporale definito, l'indice di energia primaria per la climatizzazione di almeno il 10 per cento rispetto a quanto riportato nell'attestato di prestazione energetica.

8.4 Il contratto di partenariato pubblico privato e le decisioni EUROSTAT

Il contratto di partenariato pubblico privato¹²³ è, nel nostro ordinamento, disciplinato dal d.lgs. n. 50/2016, recante il codice dei contratti pubblici.

L'art. 3, comma 1, lett. eee), nel fornire la definizione di tale figura¹²⁴, ne indica la causa tipica individuandola nell'accordo tra amministrazione ed operatore economico, per un periodo limitato e commisurato alla durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, per effetto del quale l'amministrazione conferisce attività cui essa sarebbe tenuta per conseguire i propri fini istituzionali, in cambio di utilità economiche per l'operatore privato con assunzione dei rischi in capo allo stesso.

¹²² M. MAUGERI, *Il Contratto di rendimento energetico e i suoi «elementi minimi»*, cit., p. 424, nutre perplessità che questo modello contrattuale possa rientrare all'interno della definizione delle direttive dell'Unione Europea.

¹²³ La letteratura giuridica sul Partenariato Pubblico Privato è vastissima. Si vedano, in particolare, C. CONTESSA, *PPP: modello generale*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. V, pp. 207 ss.; G.F. CARTEI, *Rischio e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2018, pp. 599 ss.; A. FIORITTO (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico e privato*, Torino, 2017; G. SANTI, *Il partenariato pubblico-privato ed il contratto di concessione. Il contraente generale*, in F. MASTRAGOSTINO, *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2017, pp. 150 ss.; S. AMOROSINO, *Il Partenariato Pubblico Privato dalle teorie giuridiche alla realtà del Codice dei contratti pubblici (e del decreto correttivo, n. 56/2017)*, in *Urb. e app.*, 2017, p. 716 ss.; G. FIDONE, *Il partenariato pubblico privato e le concessioni nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune proposte per il miglioramento della disciplina vigente*, in *L'attuazione dei contratti pubblici: problemi, prospettive, verifiche*, in www.italiadecide.it; M. RICCHI, *L'architettura dei contratti di concessione e di PPP nel nuovo codice dei contratti pubblici D.Lgs. 50/2016*, in www.giustizia-amministrativa.it, 29 luglio 2016; M.P. CHITI, *Il partenariato pubblico privato e la nuova direttiva concessioni*, in G.F. CARTEI – M. RICCHI (a cura di), *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico Privato*, Napoli, 2015, p. 3 ss.; M. CAFAGNO – A. BOTTO – G. FIDONE – G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011; M.A. SANDULLI, *Il Partenariato Pubblico Privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni*, Atti Convegno SPISA, 29 luglio 2005.

¹²⁴ Il «contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore».

L'art. 180 del codice, poi, fissa la regolamentazione tipica del contratto di partenariato, precisando, al comma 3, che il trasferimento del rischio in capo all'operatore economico comporta l'allocazione in capo a quest'ultimo, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'estero, del rischio di domanda dei servizi resi.

Inoltre, lo stesso articolo, al comma 6, dispone che l'eventuale riconoscimento in favore del privato di un prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al quarantanove per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.

Il rischio, pertanto, (ed il suo trasferimento all'operatore privato) costituisce l'elemento che caratterizza il partenariato pubblico privato sia nel momento genetico¹²⁵ che per tutta la durata della sua esecuzione¹²⁶, tant'è che l'art. 181, comma 4, del codice affida all'ANAC la definizione, con proprie linee guida, delle modalità del controllo dell'amministrazione aggiudicatrice sull'attività dell'operatore economico attraverso la predisposizione e l'applicazione di sistemi di monitoraggio che, tra l'altro, siano in grado di verificare «[...] in particolare la permanenza in capo all'operatore economico dei rischi trasferiti»¹²⁷; mentre l'art. 182, comma 2, dispone che il contratto definisce i rischi trasferiti, le modalità di monitoraggio della loro permanenza entro il ciclo di vita del rapporto contrattuale e le conseguenze derivanti dalla anticipata estinzione dello stesso, tali da comportare la permanenza dei rischi in capo all'operatore economico¹²⁸.

¹²⁵ Sulla nullità della concessione, quale negozio in frode alla legge, in ipotesi di mancato trasferimento del rischio si veda M. RICCHI, *L'architettura dei contratti di concessione e di PPP nel nuovo codice dei contratti pubblici D.Lgs. 50/2016*, cit., il quale cita TAR Sardegna, 10 marzo 2011, n. 213. Si veda anche V. FERRARO, *La disciplina della concessione nel diritto europeo: i principi giurisprudenziali e la sistemazione realizzata con la direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, pp. 865-866.

¹²⁶ Rileva G.F. CARTEI, *Rischio e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*, cit., pp. 599 ss., che nella disciplina nazionale sui contratti pubblici «il concetto di rischio campeggia tanto nella disciplina della concessione, quanto in quella dei contratti di partenariato pubblico-privato, tanto da plasmare oggetto, contenuto e sorte del rapporto contrattuale».

¹²⁷ L'ANAC ha pubblicato il 1 febbraio 2017 le linee guida recanti «Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato», le quali hanno natura vincolante per quanto riguarda la predisposizione e l'applicazione di sistemi di monitoraggio per il controllo da parte dell'amministrazione aggiudicatrice sull'attività dell'operatore economico, facendo per questa parte ad esse rinvio l'art. 181, comma 4, del codice. In particolare, il punto 5.9 delle linee guida dispone che, ai fini della verifica della permanenza in capo all'operatore economico dei rischi trasferiti allo stesso, ogniqualvolta le parti concordano una variazione contrattuale o la revisione del PEF, l'amministrazione accerta che tali modifiche lascino inalterata l'allocazione dei rischi così come definita nei documenti contrattuali e riportata nella matrice e che permanga, quindi, in capo all'operatore economico il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi. L'atto di modifica del contratto o di revisione del PEF dà conto della anzidetta valutazione.

¹²⁸ La definizione e la regolamentazione puntuale del contratto di partenariato pubblico privato operata dal codice e dalle linee guida ANAC, pur mantenendo la natura di contratto atipico dello stesso, consentono ad avviso di chi scrive di ritenere superata quella autorevole dottrina che attribuiva alla nozione di PPP una valenza solo descrittiva e non un distinto ed unitario istituto giuridico (così, M.P. CHITI, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva*

Il contenuto del contratto, infatti, è definito tra le parti in modo che il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore economico, per eseguire il lavoro o fornire il servizio, dipenda dall'effettiva fornitura del servizio o utilizzabilità dell'opera o dal volume dei servizi erogati in corrispondenza della domanda e, in ogni caso, dal rispetto dei livelli di qualità contrattualizzati, purché la valutazione avvenga *ex ante*.

Il presupposto essenziale per la corretta allocazione di tali rischi è la verifica dell'equilibrio economico-finanziario dell'operazione, inteso come contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria. La prima condizione è rappresentata dalla capacità del progetto di creare valore nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito. La sostenibilità finanziaria è, invece, la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento.

Il legislatore italiano ha così riprodotto le categorie di rischio definite dalle decisioni dell'Ufficio Statistico Europeo (EUROSTAT)¹²⁹ al fine di contabilizzare le operazioni fuori dal bilancio pubblico¹³⁰.

Sul punto l'EUROSTAT, nel *Manual on government deficit and debt* (MGDD)¹³¹, confermando la linea seguita nelle proprie indicazioni del 2004, afferma che un'operazione contrattuale in *partnership* pubblico-privata può essere considerata *off balance* solo se vi sia prova che il partner privato si faccia carico della maggior parte dei rischi connessi all'attività oggetto del contratto.

I rischi da considerare per valutare l'imputabilità economico-finanziaria dell'operazione ineriscono essenzialmente a tre categorie: (i) il rischio di costruzione, connesso alla fase progettuale e di realizzazione dell'infrastruttura; (ii) il rischio di disponibilità, inerente alla fase operativa in termini di garanzia e connessa responsabilità del raggiungimento dei livelli quantitativi e/o qualitativi concordati e (iii) il rischio di domanda, (nei casi di attività rivolta a terzi) attinenti alla variabilità

concessioni, in G.F. CARTEI – M. RICCHI (a cura di), *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico Privato*, cit., p. 3) o la definiva una categoria dai contorni problematici ed incerti (così A. TRAVI, *Il Partenariato pubblico-privato: i confini incerti di una categoria*, in M. CAFAGNO – A. BOTTO – G. FIDONE – G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, cit., pp. 10 ss.). Non così sembra ritenere ancora oggi S. AMOROSINO, *Il Partenariato Pubblico Privato dalle teorie giuridiche alla realtà del Codice dei contratti pubblici (e del decreto correttivo, n. 56/2017)*, in *Urb. e app.*, 2017, p. 716, il quale afferma che «si tratta non di un tipo contrattuale, ma di un campo, non del tutto delimitato, di variegate fattispecie contrattuali, le quali hanno come minimo comun denominatore il concorso e la collaborazione attiva di una o più amministrazioni e dei privati nell'organizzazione di varie attività economiche di interesse pubblico».

¹²⁹ Già dalla decisione dell'11 febbraio 2004: *Treatment of the PPPs*.

¹³⁰ Si veda EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt – Implementation of ESA 2010*, ed. 2016, ed EUROSTAT, *A Guide to the Statistical Treatment of PPPs*, ed. 2016. Si veda anche il regolamento n. 549/2013 del 21 maggio 2013 relativo al Sistema europeo dei conti nazionali e regionali dell'Unione Europea, paragrafo 20.284, secondo cui «[i] rischi e i benefici spettano all'operatore se il rischio di costruzione e i rischi di domanda o di disponibilità sono stati effettivamente trasferiti».

¹³¹ EUROSTAT, *Manual on government deficit and debt – Implementation of ESA 2010*, cit., cap. VI.4, p. 332.

della domanda per cause non imputabili all'operatore privato. Inoltre, solo per la concessione di opera pubblica o di servizio deve ricorrere anche il c.d. rischio operativo¹³².

In particolare, secondo EUROSTAT, la presenza in capo all'operatore privato del rischio di costruzione (che deve essere sempre presente) e di *uno* degli ulteriori due rischi (di domanda e di disponibilità) consente di registrare l'investimento fuori dal bilancio delle pubbliche amministrazioni (*off balance*), con quanto consegue anche con riferimento alla compatibilità dell'operazione rispetto alla disciplina del "patto di stabilità"¹³³.

Ebbene, nonostante il correttivo al codice degli appalti (d.lgs. n. 56 del 2017) abbia precisato che l'applicazione ai contratti di partenariato dei «*contenuti delle decisioni Eurostat*» avviene «*per i soli profili di tutela della finanza pubblica*», il tratto essenziale del contratto di partenariato pubblico privato è il trasferimento in capo all'operatore economico dei rischi così come definiti proprio dalle decisioni EUROSTAT¹³⁴.

¹³² Definito dall'art. 3, lett. zz), «*il rischio legato alla gestione dei lavori e dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito all'operatore economico nei casi di cui all'articolo 180. Si considera che l'operatore economico nei casi di cui all'articolo 180 assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita all'operatore economico nei casi di cui all'articolo 180 deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile*».

¹³³ La difficoltà delle amministrazioni pubbliche a trasferire il rischio al privato ha fatto sì che la gran parte delle operazioni di finanza di progetto realizzate in Italia sia stata riclassificata *on balance*. Si veda sul punto, G. MULAZZANI – M. ROVERSI MONACO, *La finanza di progetto alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, p. 716, che citano il rapporto del Ministero dell'Economia e delle Finanze, *A focus on Ppps in Italy*, 2015, in www.rgs.mef.gov.it. L'ISTAT ha stimato che nel periodo 2010-2014 su 34 operazioni di finanza di progetto, il 71 per cento dei contratti (rappresentativi dell'87,5 per cento del valore) è stato riclassificato *on balance*. D'altronde, la Corte dei conti ha sottolineato che «il richiamo all'applicabilità delle decisioni Eurostat [...] non esclude che operazioni concluse sotto la definizione di PPP non possano essere qualificate come indebitamento e sia necessario, quindi, operare una valutazione dei contenuti reali del contratto. [...] D'altro canto, i profili di tutela della finanza pubblica devono essere ricondotti alla salvaguardia degli equilibri di bilancio secondo i dettami degli artt. 81 e 97 Cost., con riguardo alla sostenibilità della spesa per l'indebitamento e del rispetto del principio della copertura delle spese. Ciò implica un margine di apprezzamento sulla portata sostanziale e sugli effetti dei contratti in discorso, indipendentemente dalla formale qualificazione come PPP» (Corte dei conti, Sez. autonomie, deliberazione n. 15/SEZAUT/2017/QMIG, del 13 giugno 2017).

¹³⁴ Cfr. G. SANTI, *Il partenariato pubblico-privato ed il contratto di concessione. Il contraente generale*, in F. MASTRAGOSTINO, *Diritto dei contratti pubblici*, cit., p. 155. Osserva l'Autore citato che l'art. 180, comma 3, del codice degli appalti «descrive di fatto una figura di contratto complesso, in cui le parti (soggetto pubblico ed operatore economico) non si limitano a pattuire un semplice scambio di prestazioni, ma disegnano una struttura negoziale articolata, pur preordinata ad un risultato di natura unitaria, caratterizzata dalla multiformità delle reciproche obbligazioni assunte, con le inevitabili ricadute sul piano economico, ove il tratto comunque caratterizzante [...] è comunque il trasferimento di quei profili di rischio che consentono, ai sensi delle decisioni Eurostat, la contabilizzazione "off balance", cui si riconduce l'assunzione totale o parziale degli oneri finanziari (a titolo di investimenti o anche solo di costi, cfr. art. 180, comma 2, d.lgs. n. 50/2016) correlati alla realizzazione/trasformazione/manutenzione dell'opera e/o alla prestazione/fornitura del servizio». Si veda anche G.F. CARTEI, *Rischio e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*, cit.: «le

Con specifico riferimento al contratto di rendimento energetico, EUROSTAT, con una nota del 19 settembre 2017¹³⁵, ha confermato che, ai fini della qualificazione come *off balance* dell'operazione, sulla ESCO e sugli altri soggetti terzi eventualmente coinvolti, dovrà gravare la maggior parte dei rischi.

In particolare, dovranno verificarsi le seguenti condizioni essenziali: (i) l'investimento deve essere a carico del contraente privato; (ii) su quest'ultimo devono ricadere i rischi di costruzione, tecnici, comportamentali (ad es. connessi alle attività di conduzione e manutenzione), di mancato pagamento; (iii) il canone in favore del contraente privato deve essere collegato alle *performance* dell'intervento, senza alcun canone minimo; (iv) in caso di *factoring*, il contraente privato non deve cedere il credito *pro soluto*¹³⁶.

Per EUROSTAT, quindi, il soggetto privato deve essere l'effettivo e unico "proprietario economico" degli *assets* coinvolti nell'operazione, intendendosi per tale, secondo ESA 2010, «*the institutional unit entitled to claim the benefits associated with the use of the asset by virtue of accepting the associated risks*»¹³⁷.

Nel mese di maggio 2018 l'EUROSTAT e la Banca europea per gli investimenti (BEI) hanno pubblicato le linee guida per il trattamento statistico degli EPC¹³⁸, allo scopo di chiarire, con esempi pratici e tabelle esemplificative, i casi in cui un contratto di rendimento energetico debba essere considerato *on balance* ovvero, a seconda di determinati indici presuntivi di alta o moderata intensità, possa avere accesso ai benefici dell'*off balance*.

8.5 La posizione di Enea circa la possibilità di configurare l'EPC quale contratto di partenariato pubblico privato

Si è detto che il legislatore ha incaricato ENEA di predisporre un contratto-tipo per il miglioramento del rendimento energetico dell'edificio, analogo al contratto di rendimento europeo EPC. L'Agenzia ha assolto tale compito nel 2014 e

categorie di rischio individuate dal Codice appartengono ad una tassonomia nota alla prassi interazionale per la corretta imputazione contabile degli investimenti in opere pubbliche». L'Autore, con riferimento alla decisione EUROSTAT 11 febbraio 2004, sottolinea che «[è] in tale decisione che si trova, pertanto, il riferimento e la definizione di rischio di disponibilità, la quale, in forza della disposizione di cui all'art. 3, comma 1, lett. eee) del Codice, assume forza vincolante nella categoria dei contratti di partenariato pubblico privato».

¹³⁵ EUROSTAT, *The recording of energy performance contracts in government accounts*, del 19 settembre 2017, in *ec.europa.eu*. Quindi, per essere considerato "proprietario economico", il contraente privato non potrà beneficiare di clausole che prevedano un minimo garantito o altre forme di sostegno che producano nella sostanza una riduzione ovvero l'eliminazione *de facto* del rischio assunto.

¹³⁶ Infatti, in caso di cessione *pro soluto* dei crediti vantati dal contraente privato nei confronti della P.A., secondo EUROSTAT, l'effettivo proprietario economico degli *assets* sarà la pubblica amministrazione che dovrà, per l'effetto, contabilizzare nel proprio bilancio la complessiva operazione, ripartendo i costi tra spese per servizi, spese per indebitamento (sorte capitale) e spese per interessi (cfr. punto 6 della nota citata).

¹³⁷ *European System of National and Regional Accounts* (ESA 2010), punto 7.17, in *ec.europa.eu*.

¹³⁸ EUROSTAT – *European Investment Bank, A Guide to the Statistical Treatment of Energy Performance Contracts*, maggio 2018, in *eib.org*.

successivamente, nel 2017, ha trasmesso al Ministero dello Sviluppo Economico una nuova versione delle linee guida, definendo un quadro di riferimento standard (linee guida più capitolato tecnico) attraverso cui elaborare un modello di contratto EPC che abbia per oggetto il «Servizio di Prestazione Energetica». Il documento, ad oggi, non è stato ancora posto in consultazione pubblica. La posizione di ENEA sulla possibilità di configurare l'EPC quale strumento di partenariato pubblico privato è, però, evincibile da una pubblicazione dell'Agenzia che anticipa, sul punto, il contenuto delle linee guida trasmesse al Ministero, precisando che queste «sono state redatte considerando l'EPC come appalto di servizio in quanto, conformandoci alla giurisprudenza consolidata, non abbiamo ravvisato in esso gli elementi tipici della concessione»¹³⁹.

In buona sostanza, l'Agenzia, identificando il partenariato pubblico privato con la sola concessione, riconduce in linea generale l'EPC all' "appalto di servizi", in quanto in tale contratto «non soltanto non si rinvergono gli elementi classici della concessione, ossia un'utenza terza rispetto alla Pubblica Amministrazione e la riscossione diretta sull'utenza (elementi imprescindibili per la giurisprudenza consolidata), ma se anche analizziamo la dottrina che pone l'accento sulla distinzione basata solo sull'elemento del "rischio operativo" dal punto di vista sostanziale, il rischio operativo non è esterno, cioè non risponde alla previsione dell'art. 3 D.Lgs. 50/2016 che "*in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione*" né comporta "*una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato*"»¹⁴⁰.

ENEA concede che l'EPC possa qualificarsi operazione di partenariato pubblico privato solo nel caso in cui la corresponsione del canone non copra più del 50 per cento del costo iniziale dell'investimento, «dovendo la "componente rischio" essere effettivamente presente anche se ridotta»¹⁴¹, con il che escludendo in radice ogni possibilità del configurarsi del PPP perché in tale ipotesi il piano economico finanziario sarebbe strutturalmente in disequilibrio e non potrebbe essere asseverato.

Così opinando, ENEA riduce il PPP alla sola figura della concessione, per la quale effettivamente la legislazione europea¹⁴² ed il codice¹⁴³ richiedono che sull'operatore

¹³⁹ M.G. LANDI – M. MATERA – P. TELESCA – C. BENANTI – E. VALERIANI, *I contratti di prestazione energetica (EPC)*, cit., p. 25.

¹⁴⁰ *Op. ult. cit.*, p. 30.

¹⁴¹ *Ibidem*. Sulle stesse posizioni di ENEA anche la fondazione dell'Associazione Nazionale dei Comuni Italiani IFEL (cfr. *La dimensione comunale del Partenariato Pubblico Privato*, in www.fondazioneifel.it, 2018, p. 255) e l'ANAC in un parere – però – datato e da ritenersi ormai superato (cfr. ANAC, parere n. 37 dell'Adunanza del 4 aprile 2012).

¹⁴² Direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

¹⁴³ Il codice degli appalti dedica alla concessione l'intera parte III, ancorché norme ad essa applicabili si rinvergono anche nella parte IV. L'art. 165, primo comma, dopo aver disposto che nei contratti di concessione la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato, statuisce che «[t]ali contratti comportano il trasferimento al concessionario del rischio operativo definito dall'art. 3, comma 1, lettera zz) riferito alla possibilità che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario. Le variazioni devono essere, in ogni caso, in

privato ricada, oltre al rischio di costruzione, anche il rischio di domanda ed il rischio operativo. Sennonché, il nostro codice ha disciplinato – a differenza di quanto avvenuto in ambito eurounitario¹⁴⁴ e così come già fatto da altri Paesi europei¹⁴⁵ – il contratto di partenariato pubblico privato¹⁴⁶ quale istituto contrattuale che comprende anche la concessione ma non si risolve in essa¹⁴⁷. Infatti, l'art. 180, comma 8, del

grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario».

¹⁴⁴ Il Parlamento europeo si è espresso in passato contro la creazione di un regime giuridico specifico per i PPP (cfr. Parlamento europeo, *Relazione sui partenariati pubblico privati ed il diritto comunitario in materia di appalti e concessioni*, A6-0363/2006 – punto 2 delle Osservazioni). Rileva M.P. CHITI, *Il partenariato pubblico privato e la nuova direttiva concessioni*, in G.F. CARTEI – M. RICCHI (a cura di), *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico Privato*, Napoli, 2015, p. 3, che «[n]el diritto dell'Unione europea non esiste un riferimento generale, né una definizione del PPP, a dispetto delle numerose proposte in tal senso; ma neanche se ne parla in modo espresso nella recente direttiva concessioni». Parla di «fuga in avanti del legislatore italiano rispetto a quello comunitario» G. FIDONE, *Il partenariato pubblico privato e le concessioni nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune proposte per il miglioramento della disciplina vigente*, in *L'attuazione dei contratti pubblici: problemi, prospettive, verifiche*, in www.italiadebite.it, pp. 65-66. I principali documenti dell'Unione Europea sul Partenariato Pubblico Privato sono: il Libro Verde relativo ai Partenariati pubblico-privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni del 30 aprile 2004 COM(2004)327 def.; la Comunicazione della Commissione europea del 15 novembre 2005 sui partenariati pubblico-privati e sul diritto degli appalti pubblici e delle concessioni COM(2005)569 def.; la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 ottobre 2006 n. 2043; la Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati del 5 febbraio 2008 COM(2007)6661 def.; il Libro Verde del 2011 relativo alla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti COM(2011)15 def.. A. MASSERA, *Il quadro della trasposizione delle direttive europee tra obblighi di armonizzazione e opportunità di riordino della normativa nazionale, con particolare riferimento alle concessioni di lavori e servizi*, in A. FIORITTO (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico e privato*, Torino, 2017, pp. 37 ss., evidenzia la contraddizione tra il riferimento al PPP in numerosi documenti delle istituzioni europee e la mancanza di una disciplina specifica. Sul tema si veda anche M.A. SANDULLI, *Il Partenariato Pubblico Privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni*, Atti Convegno SPISA, 29 luglio 2005.

¹⁴⁵ La Francia, con il *Contrat de partenariat* disciplinato dall'*Ordonnance* n. 559 del 17 giugno 2004, rettificata dalla legge n. 1343 del 9 dicembre 2004; la Spagna con il *Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado* (art. 11 della Ley 30/2007). La Germania, pur non avendo codificato una precisa definizione del partenariato pubblico privato, ha adottato con l'*ÖPP-Beschleunigungsgesetz*, entrato in vigore il 7 settembre 2005, una serie di norme, tra cui il dialogo competitivo, tese a rendere più flessibile la realizzazione di forme di cooperazione tra pubblico e privato. Si veda sul punto G.L. PIETRANTONIO, *Il Project Financing tra pubblico e privato. Problemi, scenari e prospettive*, Torino, 2018, p. 53.

¹⁴⁶ Per la verità anche il codice precedente (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) definiva all'art. 3, comma 15-ter (introdotto dal terzo decreto correttivo d.lgs. n. 152/2008 e modificato dall'art. 44, comma 1, lett. b), l. 27/2012), i «contratti di partenariato pubblico privato» (al plurale) come «contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari». La norma, però, non definiva i tratti distintivi del contratto di partenariato pubblico privato, né conteneva un regolamento tipico dello stesso. Sull'evoluzione del partenariato pubblico privato nell'ordinamento comunitario e nazionale si veda F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011 e M. CAFAGNO – A. BOTTO – G. FIDONE – G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013.

¹⁴⁷ G. FIDONE, *Il partenariato pubblico privato e le concessioni nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune proposte per il miglioramento della disciplina vigente*, in *L'attuazione dei contratti pubblici: problemi, prospettive, verifiche*, cit., p. 67, afferma che «il PPP sarebbe una categoria autonoma che comprende le concessioni ed è cosa diversa dagli appalti, così conservando rilevanza giuridica autonoma». Secondo l'Autore, «per il diritto Europeo vi sarebbero due contratti tipizzati (ovvero gli appalti e le concessioni, oggetto di due direttive specifiche) e assoggettati a specifiche discipline, mentre i contratti di PPP rimarrebbero contratti atipici, in quanto non previsti né regolati da alcuna

codice, dispone che nel contratto di partenariato «rientrano la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti». Ora, al di là del riferimento improprio alla finanza di progetto – che non è un contratto ma una procedura per l'affidamento di un contratto – la norma chiarisce come il partenariato pubblico privato sia tale quando abbia gli elementi indicati dalla stessa e non si risolve nella concessione, la quale rappresenta solo una delle possibili tipologie contrattuali – ancorché la più importante¹⁴⁸ – riconducibili all'istituto¹⁴⁹. Si tratta, come rilevato dal Consiglio di Stato, di un «contratto atipico, in cui le parti fissano nel modo ritenuto più idoneo e adeguato l'assetto dei propri rispettivi [interessi] in funzione del conseguimento dell'interesse pubblico individuato esclusivamente dalla parte pubblica [...] un *genus* contrattuale riferibile a più modelli specifici»¹⁵⁰.

Con riferimento ai contratti di partenariato pubblico privato, l'art. 180 del codice precisa che i ricavi di gestione dell'operatore economico «provengono dal canone riconosciuto dall'ente concedente e/o da qualsiasi altra forma di contropartita economica ricevuta dal medesimo operatore economico, anche sotto forma di introito diretto della gestione del servizio da utenza esterna» (comma 2). Pertanto, oggetto

direttiva. Al di fuori dei due contratti tipizzati dalle direttive 24 (appalto) e 23 (concessioni) saremmo in presenza ad un principio comunitario di atipicità delle altre forme di contrattazione tra pubblica amministrazione e privati e, in tale ambito, ben potrebbero esistere (negli ordinamenti nazionali) altri contratti di PPP diversi dalle concessioni».

¹⁴⁸ Così G. FIDONE, *Il partenariato pubblico privato e le concessioni nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune proposte per il miglioramento della disciplina vigente*, in *L'attuazione dei contratti pubblici: problemi, prospettive, verifiche*, cit., p. 68, il quale parla del PPP come di «una categoria contrattuale (aperta), all'interno della quale possono essere ricompresi strumenti e istituti diversi. Il primo e il più importante di questi è senza ombra di dubbio la Concessione». Cfr. anche G.L. PIETRANTONIO, *Il Project Financing tra pubblico e privato. Problemi, scenari e prospettive*, cit., p. 49, secondo cui la Commissione Europea, pur prendendo atto della eterogeneità della figura del PPP e della mancanza a livello comunitario di una legislazione uniforme in materia, «intravede nel modello concessorio il dna strutturale della figura di PPP contrattuale».

¹⁴⁹ Il Consiglio di Stato, nel rendere il parere sullo schema di decreto legislativo recante il nuovo codice dei contratti pubblici (Cons. Stato, Comm. Spec., parere 1 aprile 2016, n. 855) ha rilevato che «[g]li articoli 180, 181 e 182 recano un archetipo generale del partenariato pubblico privato contrattuale (di seguito pppc) di cui sono concreta declinazione la finanza di progetto, la locazione finanziaria di opere pubbliche, la concessione di costruzione e gestione, il contratto di disponibilità, nonché le figure di minor rilievo economico, ma di sicuro impatto sociale, del baratto amministrativo e degli interventi di sussidiarietà orizzontale quali forme di partenariato sociale».

¹⁵⁰ Cons. Stato, Ad. della Comm. Spec. del 22 febbraio 2017, n. 775, «Parere sullo schema di linee guida recanti "Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato". Cfr. anche le stesse linee guida n. 9 dell'ANAC, secondo cui il «PPP rappresenta un complesso fenomeno giuridico che si delinea come un *genus* contrattuale riferibile a più modelli specifici in cui risulta prevalente la natura economico-finanziaria». Sembra invece invertire il rapporto tra *genus* e *species* M. RICCHI, *L'architettura dei contratti di concessione e di PPP nel nuovo codice dei contratti pubblici D.Lgs. 50/2016*, in www.giustizia-amministrativa.it, 29 luglio 2016, il quale afferma che i contratti di PPP, così come indicati dall'art. 180, comma 8 del codice, siano specie del *genus* più ampio del contratto di concessione europea. L'Autore ritiene infatti che «nel *genus* di concessione europea, espresso dalla Direttiva, sono comprese, ma non distintamente denominate, entrambe le tipologie contrattuali (i contratti di concessione ed i contratti di partenariato pubblico) in relazione alle forme che il rischio operativo può assumere».

delle operazioni di partenariato possono essere sia le opere ed i servizi c.d. fredde, remunerate mediante un canone, sia le opere e servizi calde e tiepide, in cui il corrispettivo è rappresentato, rispettivamente, dal diritto di gestire l'opera o il servizio e dallo stesso diritto accompagnato da un prezzo, corrisposto dall'amministrazione al solo fine di garantire *ex ante* l'equilibrio economico e finanziario della gestione¹⁵¹. È evidente, però, che mentre il diritto di gestire l'opera o il servizio è il corrispettivo proprio della concessione, così come definita dall'art. 3, comma 1, lett. vv) e uu)¹⁵², il canone (a meno che non sia corrisposto dall'amministrazione in ragione dell'utenza effettiva del servizio, secondo il meccanismo dello *shadow toll*)¹⁵³ è proprio di altre tipologie contrattuali riferibili al *genus* partenariato pubblico privato¹⁵⁴.

¹⁵¹ Cfr. art. 165, comma 2, del codice, a mente del quale, ai soli fini del raggiungimento dell'equilibrio economico finanziario della gestione, da valutarsi *ex ante*, in sede di gara l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili. In ogni caso, l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al quarantanove per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari. La quota massima di partecipazione del pubblico al finanziamento dell'opera o del servizio è stata portata dal 30 per cento alla soglia attuale dal primo correttivo al codice dei contratti (art. 101, comma 1, lett. a), del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56). Il Consiglio di Stato nel rendere parere sullo schema di decreto ha rilevato che tale innovazione «sia in palese controtendenza con i criteri di ripartizione del rischio solo recentemente decisi nell'ottica della riduzione della compartecipazione pubblica (e quindi degli oneri a carico delle pubbliche casse)». Per contro, in ambito eurounitario non vi è un tetto definito alla limitazione del rischio di gestione a carico del concessionario. Rileva G.F. CARTEI, *Rischio e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2018, pp. 599 ss., che il criterio individuato dalla Corte di giustizia è basato su di un parametro empirico: per ritenere sussistente infatti, una concessione «è necessario che l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca il rischio di gestione che essa corre a carico completo o, almeno, significativo al concessionario» (Corte Giust. CE, III, 10 settembre 2009, causa C-206/08, *Eurawasser*, in www.dirittodeiservizipubblici.it), potendo il rischio essere anche «molto ridotto» (Corte Giust. UE, 10 marzo 2011, causa C-274/09, *Stadler*; Corte Giust. UE, 10 novembre 2011, causa C-348-10, in *Urb. e app.*, 2012, pp. 287 ss., con nota di R. CARANTA, *La Corte di Giustizia ridimensiona la rilevanza del rischio di gestione*). Si veda anche il *Commission Staff Working Document Impact Assessment of an Initiative on Concessions*, Bruxelles, 20 dicembre 2011, SEC(2011)1588 final, in cui si segnala che il concetto di rischio operativo «is still not sufficiently clear, in particular regarding the level of operating risk to be transferred to the economic operator so that contract can qualify as concession».

¹⁵² Si veda anche l'art. 165, comma 1, a mente del quale, nei contratti di concessione la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato.

¹⁵³ È controverso in dottrina se rapporti caldi o tiepidi remunerati con un canone dall'amministrazione con il sistema del pedaggio ombra siano riconducibili alla figura della concessione o del PPP. G.F. CARTEI, *Rischio e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*, cit., pp. 599 ss., inquadra tali fattispecie nel contratto di partenariato, muovendo però dalla tesi – come si vedrà, ad avviso di chi scrive non condivisibile – che il rischio operativo sia proprio di tutti i contratti di PPP e non della sola concessione. Sembra invece preferibile la tesi che, laddove l'operatore sia esposto alle fluttuazioni del mercato e sopporti il rischio operativo della gestione, la remunerazione ad opera dell'amministrazione in luogo degli utenti sia compatibile con l'istituto della concessione. In tal senso d'altronde, come si è visto, si esprime la stessa direttiva concessioni (cfr. n. 44).

¹⁵⁴ Si veda sul punto il *Manual on Government Deficit and Debt (Implementation of ESA 2010)* del 4 marzo 2016, p. 332: «[i]n a concession contract, government makes no regular payments to the partner, or such payments, if they exist, do not constitute a majority of fees received by the partner (see chapter VI.3 of this Manual). In a PPP contract, as covered by this chapter, the final users do not pay directly (i.e. in a way proportional to the use of the asset and clearly identified only for this use), or only for a minor part (and generally for some specific uses of the asset), for the use of the assets for which a service will be provided».

E, come già detto, l'art. 180, comma 3, del codice, prescrive che nel contratto di partenariato il trasferimento del rischio in capo all'operatore economico comporta l'allocazione a quest'ultimo, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'estero, del rischio di domanda dei servizi resi, non anche nel rischio operativo, che riguarda la sola concessione.

8.6 Conclusioni: l'EPC quale (possibile) contratto di partenariato pubblico privato

Avuto riguardo alle illustrate caratteristiche del contratto di rendimento energetico, non sembra potersi revocare in dubbio che, qualora questo si sostanzi nell'investimento a carico del fornitore la misura di efficienza energetica (la ESCO) e nella remunerazione in funzione della *performance* conseguita, sia qualificabile – se stipulato con una pubblica amministrazione – come contratto di partenariato pubblico privato¹⁵⁵, gravando sull'operatore economico sia il rischio di costruzione che il rischio di disponibilità¹⁵⁶. Sono, infatti, integrati i requisiti essenziali fissati dal regolamento generale del contratto di partenariato, portato dall'art. 180 del codice, ed i quattro elementi caratterizzanti le operazioni di PPP individuati già dal Libro verde del 2004, relativi alla durata del contratto¹⁵⁷, alle modalità di finanziamento del progetto¹⁵⁸, al ruolo delle parti¹⁵⁹ ed alla ripartizione dei rischi¹⁶⁰.

Anzi, come sottolinea autorevole dottrina¹⁶¹, il partenariato pubblico privato è strumento privilegiato per garantire l'efficienza energetica, particolarmente nell'ambito

¹⁵⁵ Nella forma del «PPP contrattuale», essendo i rapporti tra pubblica amministrazione e privato, e le reciproche attività di competenza, di natura contrattuale. Quando, invece, la realizzazione del partenariato implica la creazione di un'entità cui partecipano congiuntamente l'amministrazione pubblica e l'operatore economico privato, si parla di PPP «istituzionalizzato».

¹⁵⁶ In dottrina, riconducono il contratto di rendimento energetico stipulato con una pubblica amministrazione al PPP, tra gli altri, F. SCIAUDONE, *L'accesso al credito per i progetti di efficienza energetica*, in L. CARBONE – G. NAPOLITANO – A. ZOPPINI (a cura di), *Politiche pubbliche e disciplina dell'efficienza energetica*, cit., pp. 145 ss.; M. PENNASILICO (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente, op.cit.*, pp. 248-249.

¹⁵⁷ Cfr. *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, COM(2004)0327 def., punto 2: «[l]a durata relativamente lunga della collaborazione, che implica una cooperazione tra il partner pubblico ed il partner privato in relazione a vari aspetti di un progetto da realizzare».

¹⁵⁸ *Ibidem*: «[l]a modalità di finanziamento del progetto, garantito da parte del settore privato, talvolta tramite relazioni complesse tra diversi soggetti. Spesso, tuttavia, quote di finanziamento pubblico, a volte assai notevoli, possono aggiungersi ai finanziamenti privati».

¹⁵⁹ *Ibidem*: «[i]l ruolo importante dell'operatore economico, che partecipa a varie fasi del progetto (progettazione, realizzazione, attuazione, finanziamento). Il partner pubblico si concentra principalmente sulla definizione degli obiettivi da raggiungere in termini d'interesse pubblico, di qualità dei servizi offerti, di politica dei prezzi, e garantisce il controllo del rispetto di questi obiettivi».

¹⁶⁰ *Ibidem*: «[l]a ripartizione dei rischi tra il partner pubblico ed il partner privato, sul quale sono trasferiti rischi di solito a carico del settore pubblico. I PPP non implicano tuttavia necessariamente che il partner privato si assuma tutti i rischi, o la parte più rilevante dei rischi legati all'operazione. La ripartizione precisa dei rischi si effettua caso per caso, in funzione della capacità delle parti in questione di valutare, controllare e gestire gli stessi».

¹⁶¹ R. VILLATA, *Il partenariato pubblico privato nel settore dell'energia*, in E. BRUTI LIBERATI – M. DE FOCATHIS – A. TRAVI (a cura di), *Aspetti della transizione nel settore dell'energia: gli appalti nei settori speciali, il market design e gli assetti di governance*, cit., pp. 37 ss., spec. pp. 44 ss..

della riqualificazione del patrimonio immobiliare pubblico, ove sono richiesti investimenti importanti e conoscenze tecniche in rapida evoluzione. Invero, uno schema contrattuale che consenta, nella fase dell'affidamento, l'iniziativa del privato, il quale può proporre all'amministrazione con il progetto di fattibilità le migliori soluzioni praticabili (con la possibilità che la gara ne consenta di individuarne altre preferibili), e, nella fase di esecuzione, l'assunzione in capo al privato stesso del finanziamento dell'investimento e della garanzia del risultato pattuito, sembra essere il classico "uovo di Colombo" per un'amministrazione impegnata a riqualificare annualmente il tre per cento del proprio patrimonio immobiliare, stretta tra limiti di finanza pubblica e mancanza delle necessarie conoscenze.

Infatti, applicandosi al partenariato pubblico privato, per i profili di tutela della finanza pubblica, i contenuti delle decisioni EUROSTAT (art. 3, comma 1, lett. eee), anche i contratti di rendimento energetico stipulati con la pubblica amministrazione non devono gravare sull'indebitamento pubblico ai fini del rispetto del patto di stabilità.

Invece, uno degli ostacoli alla diffusione degli EPC per il miglioramento dell'efficienza energetica del patrimonio immobiliare pubblico è scaturito dalle linee guida EUROSTAT pubblicate il 7 agosto 2016¹⁶², che imponevano ai fini della qualificazione del contratto di rendimento energetico quale operazione *off balance*, che il costo dell'investimento fosse almeno pari alla metà del valore degli immobili oggetto di riqualificazione, all'esito di quest'ultima¹⁶³: condizione assai difficile da verificarsi per interventi di miglioramento dell'efficienza energetica di un edificio.

La proposta originaria di Strategia Energetica Nazionale posta in consultazione dava conto dell'«azione, condotta congiuntamente con altri Paesi dell'Unione, nei confronti della Commissione per rivedere le regole di contabilizzazione del debito pubblico in caso di interventi di efficienza energetica»¹⁶⁴, azione che ha conseguito i risultati auspicati. Infatti, il 19 settembre 2017 EUROSTAT ha pubblicato le nuove linee guida¹⁶⁵ che consentono di non iscrivere a bilancio i costi di investimento di un EPC alle condizioni già ricordate: che i rischi dell'intervento (costruzione, *performance*, manutenzione, riqualificazione e gestione) ricadano tutti sul fornitore la misura di efficienza energetica; che il canone verso il fornitore sia collegato alla *performance* dell'intervento e che in caso di *factoring*, il fornitore non ceda al *factor* il credito *pro soluto*, in modo da non trasferire sull'amministrazione il rischio di prestazione. In

¹⁶² EUROSTAT, *The impact of energy performance contracts on government accounts*. Le altre due condizioni poste dalle linee guida sono il contributo pubblico eventualmente riconosciuto all'operatore economico non superiore al 50 per cento delle spese sostenute e la presenza nel contratto di un sistema di penali per l'operatore economico crescenti al ridursi del raggiungimento dei requisiti prestazionali stabiliti dal contratto e tali da annullare il canone dovuto dall'amministrazione in caso di assenza di risparmi energetici.

¹⁶³ Altra condizione posta dalle linee guida EUROSTAT del 7 agosto 2015 era che il contributo pubblico eventualmente ricevuto dalla ESCO non superasse il 50 per cento delle spese sostenute e che fosse correttamente allocato il rischio di «disponibilità».

¹⁶⁴ Si veda *SEN 2017 Documento di consultazione* del 12 giugno 2017, p. 73.

¹⁶⁵ EUROSTAT, *The Recording of Energy Performance Contracts in Governments Account*.

buona sostanza, secondo le nuove linee guida EUROSTAT, se il contratto di rendimento energetico ha i requisiti del contratto di partenariato pubblico privato, così come definiti dal codice degli appalti, i costi di investimento non vanno iscritti in bilancio e quindi non rilevano ai fini del rispetto del patto di stabilità.

Le considerazioni sin qui svolte trovano conferma in un parere reso dalla Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Basilicata¹⁶⁶, il quale così conclude: «[...] il contratto di rendimento energetico potrà essere trattato contabilmente *off balance*, solo se conforme ai requisiti ed ai presupposti previsti in materia di PPP; – [...] occorre che sia “provato” che il soggetto privato sia l’effettivo “proprietario economico” degli *assets* coinvolti nell’operazione, secondo i criteri fissati dalle decisioni Eurostat in materia; tale presupposto deve sussistere nel momento genetico-strutturale e persistere anche nella fase attuativa e conclusiva del rapporto [...] – in quest’ottica, dovranno esse contabilizzate “*on balance*” tutte le operazioni nell’ambito delle quali l’Ente pubblico assuma, mediante finanziamenti o rilascio di garanzie, oneri superiori al 49% dei costi complessivi dell’operazione».

¹⁶⁶ Basilicata/43/2019/PAR del 7 giugno 2019.