

6 MARZO 2019

L'Energy Performance Contract (EPC)
quale operazione di partenariato
pubblico privato per la riqualificazione
energetica del patrimonio immobiliare
pubblico

di Francesco Scalia

Professore a contratto di Diritto urbanistico e dell'Ambiente
Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale

L'Energy Performance Contract (EPC) quale operazione di partenariato pubblico privato per la riqualificazione energetica del patrimonio immobiliare pubblico *

di Francesco Scalia

Professore a contratto di Diritto urbanistico e dell'Ambiente
Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale

Sommario: 1. Premessa. 2. Il contratto di rendimento energetico. 3. Le tipologie di contratti di rendimento energetico affermatesi nella prassi. 4. La posizione di Enea circa la possibilità di configurare l'EPC quale contratto di partenariato pubblico privato. 5. Il contratto di partenariato pubblico privato e l'allocatione dei rischi. 6. Le procedure di affidamento. 7. Conclusioni: l'EPC quale (possibile) contratto di partenariato pubblico privato.

1. Premessa

La Strategia energetica nazionale 2017¹, in coerenza con la proposta originaria di direttiva sull'efficienza energetica contenuta nel *Clean Energy Package*, ha assunto il *target* del 30 per cento di riduzione dei consumi al 2030 rispetto allo scenario di riferimento 2007. La SEN dovrà essere adeguata all'obiettivo del 32,5 per cento² nello stesso arco temporale, fissato dalla direttiva 2018/844/UE nel frattempo entrata in vigore³. Nei settori non rientranti nell'*Emission Trading Scheme* (ETS) (residenziale, servizi e larga parte del settore trasporti), il *target* di riduzione per l'Italia è del 33 per cento rispetto ai livelli del 2005⁴.

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Approvata con decreto interministeriale 10 novembre 2017.

² È questo il punto di arrivo di una serrata trattativa tra Consiglio, Commissione e Parlamento. Invero, i ministri dell'energia del Consiglio UE hanno condotto il 27 febbraio scorso un primo esame delle proposte del pacchetto, pronunciandosi per un *target* indicativo del 27 per cento sull'efficienza energetica al 2030, contro il 30 per cento proposto dalla Commissione UE. Per contro, il Parlamento Europeo, invece, ha approvato una risoluzione che poneva l'obiettivo minimo vincolante del 35 per cento di efficienza energetica al 2030. Il testo della direttiva approvato definitivamente dal Parlamento e dal Consiglio adotta, come punto di mediazione, il *target* del 32,5 per cento. L'Italia è tra i Paesi che ha spinto per un obiettivo ancora più ambizioso. La Commissione X – Industria, commercio, turismo – del Senato ha approvato il 23 maggio 2017 una risoluzione (Doc. XVIII n. 203) in ordine alla proposta di direttiva sull'efficienza energetica, che auspicava l'adozione di un *target* più ambizioso al 40 per cento.

³ 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.

⁴ *Target* fissato nel 2016 dalla proposta di estensione dell'*Effort Sharing Decision* al 2030.

Ad oggi il nostro Paese ha raggiunto *performance* di efficienza energetica⁵ elevate soprattutto nel settore industriale⁶. Permane un potenziale di crescita consistente nel settore civile (residenziale e terziario) e nei trasporti.

Il miglioramento dell'efficienza 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/UE sulla prestazione energetica nell'edilizia ha posto per ciascun Stato membro l'obbligo di adeguare ai migliori *standard* energetici ogni anno il 3 per cento della superficie coperta utile degli edifici della Pubblica Amministrazione centrale⁷. L'art. 5 del d.lgs. n. 102 del 2014 ha disposto che, a partire dall'anno 2014 e fino al 2020, vengano realizzati interventi sugli immobili della Pubblica Amministrazione centrale, inclusi quelli periferici, in grado di conseguire la riqualificazione energetica almeno pari al 3 per cento annuo della superficie coperta utile climatizzata o che, in alternativa, comportino un risparmio energetico cumulato nello stesso periodo di almeno 0,04 Mtep.

Inoltre, la Commissione europea ha promosso nel 2009 il c.d. Patto dei Sindaci (*Covenant of Mayors*), iniziativa tesa a stimolare gli enti locali ad adottare, attraverso i Piani di azione per l'energia sostenibile (PAES), misure di miglioramento dell'efficienza energetica, di promozione del risparmio energetico e del ricorso a fonti rinnovabili⁸.

In tale ambito un ruolo significativo può svolgere il Contratto di rendimento energetico (*Energy Performance Contract*)⁹ ed il ricorso al Partenariato Pubblico-Privato.

⁵ Definita dall'art. 2, comma 1, lett. f), 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».

⁶ 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.

⁷ 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.

⁸ Il nuovo Patto dei Sindaci, avviato nel 2015, ha aumentato il *target* di riduzione di CO₂, portandolo al 40 per cento entro il 2030.

⁹ 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

2. Il contratto di rendimento energetico

Il contratto di rendimento energetico¹⁰ 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. 102¹¹, 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*»¹².

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».

¹⁰ Sul contratto di rendimento energetico si vedano: 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. TELESKA - 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.

¹¹ Di recepimento della direttiva 27/12/UE sull'efficienza energetica.

¹² M.G. LANDI - M. MATERA - P. TELESKA - C. BENANTI - E. VALERIANI, *I contratti di prestazione energetica (EPC)*, *op.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 buildings*» è «sul rendimento energetico degli edifici», mentre la tradizione del 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

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'appalto¹³, dando seguito ad un processo di standardizzazione di tale figura contrattuale avviato dall'art. 7 del decreto del Ministro dello sviluppo economico 28 dicembre 2012¹⁴ 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»¹⁵.

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”.

¹³ 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.

¹⁴ 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.

¹⁵ 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 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)*, op.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

La necessità di definire un modello tipo¹⁶ 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)¹⁷. 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 interdipendenti¹⁸.

La puntuale tipizzazione del contratto di rendimento energetico operata dal Legislatore e, su mandato di questi, da ENEA, non sembra aver fatto venir meno la sua natura di contratto atipico¹⁹, avente il proprio «tratto fisionomico» nella «combinazione di attività e servizi strumentali al miglioramento dell'efficienza energetica, finalità

porti rapidamente ad una loro tipizzazione», visto che il Legislatore ha delegato ENEA proprio a provvedere a tal fine.

¹⁶ 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; [...]».

¹⁷ 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?*, op.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*, op.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».

¹⁸ 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?*, op.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».

¹⁹ 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*, op.cit., p. 140. Si veda anche M.G. LANDI - M. MATERA - P. TELESCA - C. BENANTI - E. VALERIANI, *I contratti di prestazione energetica (EPC)*, op.cit., p. 17, «il contratto EPC è contratto atipico, perché privo di una sistematica disciplina giuridica e caratterizzato da numerose peculiarità che rendono ogni contratto differente da ogni altro».

che costituisce la causa o funzione del contratto, ben oltre i contingenti interessi delle parti»²⁰. Altri, invece, parla di “tipicità debole”²¹ o di «contratto nominato, essendo definito dal legislatore, ma dal contenuto non tipizzato»²².

In realtà, elementi essenziali di tale figura contrattuale sono l’incremento del livello di efficienza energetica²³ (la *performance*) ed il rapporto tra questa e la remunerazione, la quale è commisurata ai risultati effettivamente conseguiti²⁴. 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’oggetto²⁵. Ciò salvo che il contratto non abbia come

²⁰ M. PENNASILICO (a cura di), *Manuale di diritto civile dell’ambiente*, *op.cit.*, pp. 247-248. L’Autore, muovendo dalla considerazione che l’efficienza energetica è un «valore che tende sempre più ad imporsi nell’ordinamento italo-europeo», afferma che l’EPC persegue un interesse meritevole di tutela «*in re ipsa*». Sul punto si veda anche P. PISELLI - A. STIRPE, *La struttura del contratto: la causa e il tipo*, in P. PISELLI - S. MAZZANTINI - A. STIRPE (a cura di), *Il contratto di rendimento energetico*, *op.cit.*, p. 37. Gli Autori rilevano che gli interessi perseguiti mediante l’EPC «si individuano nel perseguimento dell’efficienza e del risparmio energetico, nell’impiego e nello sviluppo delle fonti energetiche rinnovabili, nell’incremento e nella circolazione delle tecnologie, nel contenimento o nell’eliminazione dei costi di investimento e dei rischi tecnici per la collettività che voglia accedere a questo particolare meccanismo di ammodernamento degli impianti e delle strutture esistenti». Si veda anche S. TRINO, *Il contratto di rendimento energetico*, in L. CARBONE - G. NAPOLITANO - A. ZOPPINI (a cura di), *Politiche pubbliche e disciplina dell’efficienza energetica*, *op.cit.*, p. 405, che qualifica l’*energy performance contract*, uno «strumento di diritto privato regolatorio», proprio per le finalità generali e di sistema cui è funzionale il particolare tipo contrattuale disciplinato dal d.lgs. n. 102/2014.

²¹ 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?*, *op.cit.*, p. 145. L’Autore rileva che se «ci si attiene ad una rigorosa concezione della tipicità, il contratto di prestazione energetica si deve configurare come contratto tipico, più precisamente di tipicità debole, perché – una volta precisato l’oggetto, il suo scopo e la sua funzione e ricollegato a tutti gli strumenti e alle norme predisposti per realizzare l’efficienza energetica – si affida ad una tipicità convenzionale che non può essere sostituita da regole codicistiche».

²² L. PAROLA - T. ARNONI - S. GRANATA, *I contratti di efficienza energetica. Profili regolamentari e prassi*, *op.cit.*, p. 526. Cfr. anche P. PISELLI - S. MAZZANTINI - A. STIRPE, *Il contratto di rendimento energetico*, *op.cit.*, i quali rilevano che «il legislatore abbia intenzionalmente affidato alla piena autonomia contrattuale delle parti la regolamentazione del rapporto, al fine di renderlo quanto più congruo all’assetto di interessi concretamente perseguito dalle parti, ferma restando, naturalmente, l’applicazione dei principi generali in materia di obbligazioni e contratti».

²³ 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».

²⁴ 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»*, *op.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».

²⁵ 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?*, *op.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 essenziale a pena di nullità del contratto è anche «la chiarezza e trasparenza del dettato», in quanto funzionale alla protezione del cliente.

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. 102/2014²⁶. Ed invero, gli elementi minimi hanno proprio la funzione di garantire il costante monitoraggio dell'iter di approssimazione agli obiettivi di efficienza energetica²⁷.

Parti essenziali del contratto sono il fornitore della misura di efficienza energetica, di regola una ESCO²⁸, 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)²⁹.

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»*³⁰.

²⁶ 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*, op.cit., p. 528: «[n]ulla vieta, pertanto, che le parti stipulino 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».

²⁷ Si veda, in questo senso, M. MAUGERI, *Il Contratto di rendimento energetico e i suoi «elementi minimi»*, op.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».

²⁸ 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*, op.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.

²⁹ 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».

³⁰ M.G. LANDI - M. MATERA - P. TELESICA - C. BENANTI - E. VALERIANI, *I contratti di prestazione energetica (EPC)*, op.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 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

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 realizzati³¹. 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 inferiore³². 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 FIT, 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, utilizzando per ogni *step* i risparmi conseguiti dall’intervento precedente³³; 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

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».

³¹ Così L. PAROLA - T. ARNONI - S. GRANATA, *I contratti di efficienza energetica. Profili regolamentari e prassi*, op.cit., p. 526.

³² Mentre qualora i risparmi siano superiori alle attese, essi vanno a beneficio del cliente.

³³ M. MAUGERI, *Il Contratto di rendimento energetico e i suoi «elementi minimi»*, op.cit., p. 424, nutre perplessità che questo modello contrattuale possa rientrare all’interno della definizione delle direttive dell’Unione Europea.

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.

4. 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 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*»³⁴.

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 rinvencono 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”*»³⁵.

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,

³⁴ M.G. LANDI - M. MATERA - P. TELESCA - C. BENANTI - E. VALERIANI, *I contratti di prestazione energetica (EPC)*, *op.cit.*, p. 25.

³⁵ M.G. LANDI - M. MATERA - P. TELESCA - C. BENANTI - E. VALERIANI, *op.ult.cit.*, p. 30.

«dovendo la “componente rischio” essere effettivamente presente anche se ridotta»³⁶, 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.

Invero, la posizione di ENEA riflette la tradizionale difficoltà a concepire la concessione per le opere e servizi fredde: che cioè non generano reddito attraverso ricavi da utenza esterna (come invece le opere ed i servizi c.d. calde e tiepide) ma sono remunerati direttamente dalla Pubblica Amministrazione attraverso un canone.

Questa possibilità, già prevista dal Legislatore in passato³⁷, confliggeva con la nozione eurounitaria³⁸ ed interna di concessione³⁹ e con l'orientamento giurisprudenziale secondo cui «l'essenza della concessione, sia essa relativa a beni o a servizi pubblici, sta nel fatto che il concessionario si remunera erogando il servizio all'utenza [...]

³⁶ *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).

³⁷ L'art. 142, comma 9, d.lgs. n. 163/2006 (che ha riprodotto il comma 2-ter dell'art. 19 della l. n. 109/1994, introdotto dall'art. 7, lett. l), l. n. 166/2002) disponeva che «[l]e amministrazioni aggiudicatrici possono affidare in concessione opere destinate alla utilizzazione diretta della pubblica amministrazione, in quanto funzionali alla gestione di servizi pubblici, a condizione che resti a carico del concessionario l'alea economico-finanziaria della gestione dell'opera».

³⁸ Le direttive 89/440/CE, per i lavori, e 2004/18/CE, per i servizi, individuavano l'elemento distintivo della concessione rispetto all'appalto nel fatto che il corrispettivo «consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera» o i servizi «in tale diritto accompagnato da un prezzo». Anche la direttiva 2014/23/UE qualifica la concessione come un contratto in virtù del quale l'Amministrazione affida ad uno o più operatori economici l'esecuzione di lavori (concessione di lavori) o la fornitura e la gestione di servizi (concessione di servizi), «ove il corrispettivo consista unicamente di gestire i lavori [o i servizi] oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo», con l'ulteriore precisazione che «l'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi» (art. 5, punto 1, commi 1 e 2). La giurisprudenza europea, prima dell'entrata in vigore della direttiva 2014/23/UE, ha chiarito che elemento decisivo ai fini della qualificazione dell'affidamento di un certo servizio come concessione risiede nel trasferimento del rischio (cfr. Corte Giustizia CE, 13 novembre 2008, C-437/07, *Commissione c. Italia*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 20), specificando che il rischio di gestione deve essere inteso come rischio di esposizione all'alea di mercato che ricorre, in primo luogo, nel caso in cui, essendo la remunerazione del servizio garantita da soggetti terzi rispetto all'Amministrazione, l'operatore economico può trovarsi nella situazione in cui il ricavato dell'attività svolta a favore dei terzi non consenta la copertura integrale dei costi sostenuti (cfr. Corte Giustizia UE, 10 marzo 2011, C-275/09, *Strong Segurança SA*, in *EUR-Lex*), mentre non assumono rilevanza i rischi legati a una cattiva gestione o ad errori di valutazione da parte dell'operatore economico poiché insiti in qualsiasi contratto, indipendentemente dal fatto che quest'ultimo sia riconducibile alla tipologia dell'appalto pubblico di servizi ovvero a quella della concessione di servizi (cfr. Corte Giustizia UE, 10 novembre 2011, C-348/10, *Norma-A Sia*, in *EUR-Lex*).

³⁹ L'art. 30, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006 disponeva che «[n]ella concessione di servizi la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio. Il soggetto concedente stabilisce in sede di gara anche un prezzo, qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare».

*oppure sfruttando il bene demaniale a fini economici»⁴⁰. Per il vero, tale possibilità confligge tuttora con la definizione che di concessione di lavori e di servizi danno, rispettivamente, le lettere uu)⁴¹ e vv)⁴² dell'art. 3 del nuovo codice. Tant'è che la Commissione Speciale del Consiglio di Stato, nel rendere il parere sullo schema di decreto legislativo recante il codice degli appalti, ha rilevato che «l'applicazione del modello concessorio alle c.d. opere fredde (il privato che le realizza e gestisce fornisce direttamente servizi all'amministrazione traendo la propria remunerazione da pagamenti effettuati dalla stessa: per es. nei casi di carceri o ospedali) ha destato, non da oggi, serie perplessità, dato che l'ambito naturale dell'istituto è certamente costituito dalla c.d. opere calde, ovvero da quelle dotate di intrinseca capacità di generare reddito attraverso ricavi di utenza (modello autostrade, gas, parcheggi), ovvero, al più, da quelle c.d. tiepide, categoria intermedia per la quale, non essendo sufficienti i ricavi di utenza a ripianare interamente le risorse impiegate, risulta necessario un contributo pubblico per la fattibilità finanziaria (modello impianti sportivi e, per i servizi, trasporto pubblico locale)»⁴³. Né vale a risolvere la contraddizione la precisazione della direttiva “concessioni” (2014/23/UE) secondo cui «alcuni accordi remunerati esclusivamente dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore dovrebbero configurarsi come concessioni qualora il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore per eseguire il lavoro o fornire il servizio dipenda dall'effettiva domanda del servizio o del bene o dalla loro fornitura»⁴⁴. Invero, la direttiva sembra, in questo caso, riferirsi ad operazioni remunerate con il meccanismo dello *shadow toll* (pedaggio nascosto): il privato rende all'esterno servizi pagati dall'Amministrazione in ragione dell'utenza effettiva.*

Sembra peraltro concludere per la non applicabilità dell'istituto della concessione ai rapporti freddi l'ANAC, la quale esclude che il rischio di domanda – come vedremo, elemento essenziale della

⁴⁰ Cons. St., sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1243. Cfr. anche Cons. St., ad. plen., 7 maggio 2013, n. 13, individua la distinzione tra l'appalto di servizi e la concessione di servizi nella struttura del rapporto: bilaterale nel primo (la prestazione è resa dall'appaltatore all'Amministrazione), trilaterale nella seconda (la prestazione è resa agli utenti).

⁴¹ ««concessione di lavori», un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano l'esecuzione di lavori ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire le opere oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere».

⁴² ««concessione di servizi», un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera ll) riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione del servizio».

⁴³ Cons. St., comm. spec., parere 1 aprile 2016, n. 855. Il parere però prosegue rilevando che «[t]uttavia, non vi sono elementi per affermare che, in base alla direttiva, il modello della concessione non si applichi anche alle opere fredde (ed ai servizi dello stesso tipo), per le quali, a differenza delle opere calde (dove viene prevalentemente in rilievo il rischio della domanda, e dunque il rischio sul versante dei ricavi, come nel caso dell'esempio – non infrequente della sovrastima dei flussi di traffico da parte di concessionari autostradali), viene in rilievo prevalentemente il rischio dell'offerta, e quindi, anzitutto quello sul versante dei costi (cfr., al riguardo, anche l'art. 165 del codice)».

⁴⁴ Direttiva 2014/23/UE, considerando n. 18.

concessione – sia «di regola presente nei contratti nei quali l'utenza finale non abbia libertà di scelta in ordine alla fornitura dei servizi (ad es. carceri, scuole, ospedali) e, pertanto, in tali casi, ai fini della qualificazione del contratto come PPP, [sarebbe] necessaria l'allocazione in capo all'operatore economico, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità»⁴⁵.

Senonché il nuovo codice dei contratti pubblici ha risolto il dilemma disciplinando – a differenza di quanto avviene in ambito eurounitario⁴⁶ e così come già fatto da altri Paesi europei⁴⁷ – il contratto di

⁴⁵ ANAC, *Linee guida n. 9 recanti «Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato»*, punto 2.3.. La considerazione dell'ANAC non è comunque vincolante, in quanto espressa nella prima parte delle linee guida, dedicata alle diverse tipologie di rischi, al loro trasferimento ed alla revisione del piano economico-finanziario. L'art. 181, comma 4, del codice, infatti, ha demandato all'ANAC la definizione delle modalità per la predisposizione ed applicazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei sistemi di monitoraggio. Compito svolto dall'Autorità nella seconda parte delle linee guida. Pertanto, solo questa assume un valore cogente. Cfr. in tal senso il punto 4.2. del parere reso sullo schema di linee guida dall'adunanza della commissione speciale del Consiglio di Stato del 22 febbraio 2017, n. 775. In generale, sui criteri di distinzione tra linee guida vincolanti e non vincolanti si veda G. MORBIDELLI, *Le linee guida ANAC*, in E. BRUTI LIBERATI - M. DE FOCATIIS - 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*, Milano, 2018, pp. 5 ss.

⁴⁶ 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.italiadecrete.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.

⁴⁷ 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 GARY LOUIS PIETRANTONIO, *Il Project Financing tra pubblico e privato. Problemi, scenari e prospettive*, Torino, 2018, p. 53.

partenariato pubblico privato⁴⁸ quale istituto contrattuale che comprende anche la concessione ma non si risolve in essa⁴⁹. Infatti, l'art. 180, comma 8, del 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 importante⁵⁰ – riconducibili all'istituto⁵¹. 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]

⁴⁸ 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.

⁴⁹ 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, op.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 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».

⁵⁰ 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, op.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 GARY LOUIS PIETRANTONIO, *Il Project Financing tra pubblico e privato. Problemi, scenari e prospettive, op.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».

⁵¹ Il Consiglio di Stato, nel rendere il parere sullo schema di decreto legislativo recante il nuovo codice dei contratti pubblici (Cons. St., 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».

in funzione del conseguimento dell'interesse pubblico individuato esclusivamente dalla parte pubblica [...] un genus contrattuale riferibile a più modelli specifici»⁵².

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 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 gestione⁵³. 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,

⁵² Cons. St., 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 *species* 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».

⁵³ 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.dirittodeiserviziipubblici.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».

lett. vv) e uu)⁵⁴, il canone (a meno che non sia corrisposto dall'Amministrazione in ragione dell'utenza effettiva del servizio, secondo il meccanismo dello *shadow toll*)⁵⁵ è proprio di altre tipologie contrattuali riferibili al *genus* partenariato pubblico privato⁵⁶.

5. Il contratto di partenariato pubblico privato e l'allocatione dei rischi

L'art. 3, comma 1, lett. eee), del codice dei contratti pubblici, nel definire il contratto di partenariato pubblico privato⁵⁷, 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. Rileva la Corte dei conti⁵⁸ che emerge dalla norma *«il peculiare profilo della strumentalità della funzione associativa temporanea per la realizzazione dei fini dell'ente. In tale strumentalità la legge non pone altre limitazioni se non la tipicità dell'attività e cioè: realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera, da una parte, dall'altra la natura della controprestazione, vale a dire garantire all'operatore economico, a seconda della consistenza dell'opera, la disponibilità, lo sfruttamento economico, o la fornitura di un servizio remunerato dall'esterno connesso all'utilizzo dell'opera stessa»*.

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'allocatione a

⁵⁴ 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.

⁵⁵ 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*, op.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).

⁵⁶ Si veda sul punto il *Manual on Government Deficit and Debt (Implementation of ESA 2010)* del 4 marzo 2016, 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»*.

⁵⁷ 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».

⁵⁸ Cfr. Corte dei conti, sez. autonomie, deliberazione n. 15/SEZAUT/2017/QMIG, del 13 giugno 2017.

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.

Il rischio, pertanto, (ed il suo trasferimento all'operatore privato) costituisce l'elemento che caratterizza il partenariato pubblico privato sia nel momento genetico⁵⁹ che per tutta la durata della sua esecuzione⁶⁰, 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»⁶¹; 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 economico⁶².

⁵⁹ 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, op.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.

⁶⁰ Rileva G.F. CARTEI, *Rischio e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato, op.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».

⁶¹ L'ANAC ha pubblicato l'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, ogniquale volta le parti concordano una variazione contrattuale o la revisione del PEF, l'Amministrazione accerta che tali modifiche lascino inalterata l'allocatione 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.

⁶² 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 concessioni*, in G.F. CARTEI - M. RICCHI (a cura di), *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico Privato, op.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, op.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».

Il tema centrale, ai fini della questione che qui si affronta, è se, come ritiene ENEA, perché un'operazione sia qualificabile come partenariato pubblico privato, debba trasferirsi in capo al privato anche il “rischio operativo”.

Invero, l'assunzione in capo all'operatore privato del “rischio operativo” legato alla gestione delle opere o del servizio è tratto essenziale – e distintivo – della concessione, non anche delle altre tipologie contrattuali riferibili al partenariato pubblico privato, né dell’“archetipo generale” delineato dall'art. 180⁶³. L'art. 5 della direttiva 2014/23/UE prevede che l'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un “rischio operativo” legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o dell'offerta o di entrambi. A mente della norma citata «[s]i considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, 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», dovendo il concessionario essere esposto alle fluttuazioni del mercato in misura tale che ogni potenziale perdita subita non sia puramente nominale o trascurabile⁶⁴.

Come è stato acutamente osservato in dottrina⁶⁵ e poi confermato dall'ANAC⁶⁶, la direttiva “concessioni” contempla nel “rischio operativo” i soli rischi di carattere “esterno”, dipendenti, cioè, dalla relazione che si genera fra le prestazioni svolte dal concessionario e gli utenti dell'opera o del servizio⁶⁷. Sarebbero esclusi dall'accezione eurounitaria di rischio operativo i rischi “interni”, connessi alla prestazione delle

⁶³ Ritengono, invece, che il trasferimento del “rischio operativo” caratterizzi tutti i contratti di partenariato e non la sola concessione: M. RICCHI, *L'architettura dei contratti di concessione e di PPP nel nuovo codice dei contratti pubblici D.Lgs. 50/2016, op.cit.*, e G.F. CARTEI, *Rischio e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato, op.cit.*, pp. 599 ss..

⁶⁴ La direttiva citata, al considerando n. 18, con il dichiarato fine di «precisare meglio la definizione di concessione, in particolare facendo riferimento al concetto di “rischio operativo”», chiarisce che «[l]a caratteristica principale di una concessione, ossia il diritto di gestire un lavoro o un servizio, implica sempre il trasferimento al concessionario di un rischio operativo di natura economica che comporta la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per realizzare i lavori o i servizi aggiudicati in condizioni operative normali, anche se una parte del rischio resta a carico dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore».

⁶⁵ G. SANTI, *Il partenariato pubblico-privato ed il contratto di concessione. Il contraente generale*, in F. MASTRAGOSTINO, *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2017, pp. 150-152, che sul punto cita A. ROMÁN MÁRQUEZ, *El riesgo en las concesiones de obras y servicios públicos: orígenes, evolución y situación actual en el ordenamiento jurídico comunitario*, in *Rivista española de Derecho Administrativo*, gennaio-marzo 2017, cap. IV, par. 3. Ma già, nello stesso, F. GOISIS, *Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nella direttiva 2014/23UE: approccio economico versus visioni tradizionali*, in *Dir. amm.*, 2015, pp. 743 ss..

⁶⁶ Cfr. *Linee Guida n. 9*, cit., punto 2.1. «[i]l rischio operativo deriva da fattori al di fuori del controllo delle parti, differenziandosi per tale aspetto da rischi come quelli legati a una cattiva gestione o a inadempimenti contrattuali da parte dell'operatore economico, che non sono determinanti ai fini della qualificazione giuridica del contratto come concessione, dal momento che sono insiti anche nei contratti di appalto pubblico».

⁶⁷ Secondo il considerando 20 della direttiva 2014/23/UE, «[u]n rischio operativo dovrebbe derivare da fattori al di fuori del controllo delle parti. Rischi come quelli legati a una cattiva gestione, a inadempimenti contrattuali da parte dell'operatore economico o a cause di forza maggiore non sono determinanti ai fini della qualificazione come concessione, dal momento che rischi del genere sono insiti in ogni contratto, indipendentemente dal fatto che si tratti di un appalto pubblico o di una concessione».

attività contrattuali. Tant'è che, secondo questo approccio, il rischio operativo “sul lato dell’offerta” sarebbe correlato alla possibilità che le prestazioni offerte dal concessionario non soddisfino, sotto il profilo qualitativo, la domanda proveniente dal mercato in un dato momento⁶⁸ ovvero riguardi essenzialmente quelle componenti dell’offerta che sono al di fuori del controllo dell’operatore privato, come l’andamento dei costi (anche finanziari)⁶⁹, e non sia configurabile, invece, in ipotesi di mancato raggiungimento delle *performances* contrattualmente definite. D’altronde, lo stesso codice, nel disporre che i contratti di concessione comportano il trasferimento al concessionario del rischio operativo, riferisce lo stesso alla possibilità che, in condizioni operative normali, «*le variazioni relative ai costi*» – quindi sul lato dell’offerta – «*ai ricavi oggetto della concessione*» – sul lato della domanda – «*incidano sull’equilibrio del piano economico finanziario*»⁷⁰

In questo quadro, avrebbe assai limitate possibilità di compatibilità con l’accezione eurounitaria di “rischio operativo” il c.d. “rischio di disponibilità”, tipico dei contratti relativi a lavori e servizi resi in favore della stessa Amministrazione o nei quali l’utenza finale non abbia libertà di scelta in ordine alla fornitura dei servizi (ad es. carceri, scuole, ospedali)⁷¹. La possibilità, infatti, che l’operatore privato non sia in grado di erogare le prestazioni pattuite, sia sotto il profilo quantitativo che qualitativo, attiene alla *performance* dello stesso operatore, non quindi a fattori esterni, al di fuori del controllo delle parti (salvo – e nei limiti in cui – le prestazioni siano condizionate dall’andamento di mercato dei costi delle stesse)⁷².

⁶⁸ A. ROMÀN MÀRQUEZ, *El riesgo en las concesiones de obras y servicios públicos: orígenes, evolución y situación actual en el ordenamiento jurídico comunitario*, op.cit.. Si veda anche F. GOISIS, *Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nella direttiva 2014/23UE: approccio economico versus visioni tradizionali*, op.cit.: «[p]erchè il rischio dell’offerta non si tramuti (in contrasto con la lettera dei considerando alla direttiva) in una mera valutazione della diligenza della prestazione [...] ma si inserisca nel contesto (più volte legislativamente suggerito) di un’alea di mercato e di fattori estranei al controllo del concessionario [...], occorre che esso valga davvero a tener luogo (ossia a simulare) nei rapporti freddi (in cui il costo della prestazione è pagato dal concedente pur a fronte dell’utilizzo da parte di terzi utenti) o comunque in quelli in cui l’utente non può – di fatto o di diritto – scegliere un diverso servizio (ad es. monopoli naturali o legali), quel fisiologico mutare (comprimersi) della domanda, in conseguenza del diminuire dell’apprezzamento (da parte di soggetti terzi) ossia gli utenti) in ordine alla qualità del servizio».

⁶⁹ Così G. GRECO, *La direttiva in materia di “concessioni”*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, pp. 1095 ss..

⁷⁰ Cfr. art. 165, comma 1, del codice.

⁷¹ L’ANAC, nelle *Linee guida n. 9*, cit., sottolinea che il «[r]ischio di domanda non è di regola presente nei contratti nei quali l’utenza finale non abbia libertà di scelta in ordine alla fornitura dei servizi (ad es. carceri, scuole, ospedali) e, pertanto, in tali casi, ai fini della qualificazione del contratto come PPP, è necessaria l’allocazione in capo all’operatore economico, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità».

⁷² Cfr. Cons. St., comm. speciale, parere n. 855/2016, cit., che dopo aver premesso che «[d]ifficilmente può aver rilievo, anche nell’ambito del rischio dell’offerta, il c.d. rischio di disponibilità [...] in quanto legato alla *performance* dello stesso concessionario, la cui rilevanza, come accennato sembrerebbe esclusa dalla direttiva», conclude che «[t]uttavia, non vi sono elementi per affermare che, in base alla direttiva, il modello della concessione non si applichi anche alle opere fredde (ed ai servizi dello stesso tipo), per i quali, a differenza delle opere calde [...], viene in rilievo prevalentemente il rischio dell’offerta, e quindi anzitutto quello sul versante dei costi». Si veda anche Cons. St., comm. spec., parere n. 192/2017, cit., punto 3.1., per il quale il rischio operativo concerne «in special modo le concessioni». 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*, op.cit., p. 71,

Sta di fatto – ed è questo il punto – che la disciplina nazionale del partenariato pubblico privato richiede che in capo all’operatore economico gravi il rischio di costruzione e – appunto – il rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l’esterno, il rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell’opera (art. 180, comma 3), non anche il “rischio operativo”⁷³, che rimane tratto essenziale della sola concessione di lavori o servizi⁷⁴. Ed infatti, l’art. 165, comma 1, del codice, con riferimento ai

afferma che «il rischio dal lato dell’offerta di cui alla direttiva 2014/23/UE, comprende i rischi di costruzione e di disponibilità già identificati da Eurostat e, tuttavia, è ancora più ampio poiché contempla anche il rischio di offerta insufficiente a fare fronte alla domanda degli utenti nel caso di opere o servizi caldi. Se, dunque, il rischio di disponibilità era tipico delle opere [e] servizi freddi, il rischio dal lato dell’offerta della nuova direttiva può riguardare anche opere e servizi caldi». Ricomprendono nel rischio operativo “sul lato dell’offerta” anche il “rischio disponibilità”: G.F. CARTEI, *Rischio e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*, op.cit., pp. 599 ss.; G. D’ANGELO, *Riflessioni a margine della direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. della regolazione*, 2014, pp. 225 ss., per il quale «[il] rischio dal lato dell’offerta sembra coincidere con il rischio di disponibilità già definito nella decisione Eurostat del 2004». M. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l’impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2014, pp. 741 ss., pur ponendosi nel medesimo filone di pensiero, ammette che la mancata ripresa lessicale del termine “rischio di disponibilità”, nemmeno nei considerando della direttiva, «potrebbe risiedere nell’intenzione di voler accedere ad una ricostruzione del rischio che vada oltre quella indicata per la contabilizzazione Eurostat sugli investimenti in PPP». In uno scritto successivo (*L’architettura dei contratti di concessione e di PPP nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici D.Lgs. 50/2016*, op.cit.), però, lo stesso Autore conclude che «[q]uanto al rischio operativo dal lato dell’offerta coincide con il rischio di disponibilità secondo la nomenclatura Eurostat e può riguardare (così il considerando n. 18 ultimo capoverso della Direttiva) i contratti in cui i privati vengono “remunerati esclusivamente dall’amministrazione aggiudicatrice”, in altre parole il riferimento è alle concessioni “fredde” per la realizzazione di ospedali, strutture penitenziarie, uffici pubblici, ecc.». Sembra confermare tale impostazione il Ministero dell’Economia e delle Finanze - Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato, che ha pubblicato nel 2018, con il titolo «Partenariato pubblico-privato: una proposta per il rilancio», una guida alle Pubbliche Amministrazioni per la redazione di un contratto di concessione per la progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche in partenariato pubblico privato. Nella premessa alla guida si evidenzia che «la scelta di redigere uno schema di Contratto di concessione di opere fredde da realizzare in PPP deriva dalla necessità di allocare correttamente, attraverso clausole chiare e inequivocabili, i rischi propri delle Operazioni di PPP, nel rispetto dei principi della Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, delle previsioni del Codice dei Contratti Pubblici e delle indicazioni fornite da Eurostat per la contabilizzazione fuori bilancio delle medesime Operazioni». Sennonché, negli articoli dello schema di contratto relativi al canone di disponibilità ed all’applicazione delle penali (29-31), si lega la decurtazione automatica del canone al mancato raggiungimento dei livelli di *performance* garantiti dal contratto, senza alcun riferimento al rischio operativo così come definito dalla direttiva concessioni.

⁷³ L’art. 3, comma 1, lett. zz), del codice, nel definire il rischio operativo, riproduce sostanzialmente l’art. 5, par. 2, della direttiva 2014/23/UE. Questo è infatti definito dal codice «il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell’offerta o di entrambi». Si considera che l’operatore economico assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, cioè non condizionate da eventi imprevedibili, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. Infine, la norma precisa che la parte di rischio trasferita all’operatore economico «deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dall’operatore economico non sia puramente nominale o trascurabile».

⁷⁴ Cfr. TAR Lombardia, sez. IV, 9 febbraio 2018, n. 386, in www.giustizia-amministrativa.it, ove è chiaramente tratteggiata la distinzione tra concessione, caratterizzata dal trasferimento del rischio operativo, ed il partenariato, per il quale è necessario il trasferimento in capo all’operatore economico del rischio di costruzione e di uno tra i rischi di domanda e di disponibilità. Cfr. anche Cons. St., ad. plen., 27 luglio 2016, n. 22 e Cons. St., sez. V, 21 marzo 2018, n. 1811, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it, che individuano nella traslazione del rischio operativo della gestione e nella direzione del servizio nei confronti dell’utenza e non dell’amministrazione

«contratti di concessione come definiti dall'art. 3, comma 1, lettere uu) e vv)» dispone che «tali contratti comportano il trasferimento in capo al concessionario del rischio operativo definito dall'articolo 3, comma 1, lettera zzz)»⁷⁵. Invece, l'art. 180, dedicato al contratto di partenariato in generale, prevede che «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'esterno, del rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell'opera, come definiti, rispettivamente, dall'art. 3, comma 1, lettere aaa), bbb) e ccc)»⁷⁶.

In altre parole, la concessione di lavori o di servizi è un contratto di partenariato pubblico privato che si caratterizza per la remunerazione dell'operatore economico – in tutto o in parte – mediante la gestione dell'opera o servizio⁷⁷, con conseguente esposizione di questi alle fluttuazioni del mercato e quindi con il trasferimento in capo allo stesso del rischio operativo⁷⁸, ovvero della possibilità che, in condizioni operative normali⁷⁹, le variazioni relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario⁸⁰. Invece, il modello di contratto di partenariato pubblico privato delineato dall'art. 180 del codice – cui anche la concessione è riconducibile – ha per tratti essenziali il trasferimento in capo all'operatore privato del rischio di costruzione e del rischio di disponibilità o – (solo) in caso di attività redditizia verso l'esterno – del rischio di domanda legato alla gestione dei servizi

concedente, gli elementi caratterizzanti la concessione. F. GOISIS, *Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico versus visioni tradizionali*, op.cit., p. 743, indica nel rischio operativo «il proprium dell'istituto concessorio». B. RAGANELLI, *Il contratto di concessione come modello di partenariato pubblico-privato e il nuovo codice dei contratti*, in *Amministrazione in cammino*, p. 21, indica nella permanenza del rischio operativo in capo al soggetto privato l'*ubi consistam* della concessione. M. MACCHIA, *I contratti di concessione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, p. 478, rileva che, a differenza della disciplina previgente, che già prevedeva il trasferimento dell'alea economico-finanziaria della gestione dell'opera in capo al concessionario, nella nuova direttiva il rischio operativo si tramuta da fattore accessorio alla concessione in *elemento qualificante* proprio di questo contratto e corre l'obbligo per le parti di perimetrare esattamente tale grandezza economica.

⁷⁵ Si vedano, in questo senso, anche le *Linee Guida ANAC n. 9*, cit..

⁷⁶ Il Consiglio di Stato ritiene che l'elencazione dei rischi «debba considerarsi tassativa, anche in omaggio al principio di legalità, fermo restando tuttavia la possibilità all'interno di tali tipi di rischi di procedere ad una loro ulteriore specificazione, quale espressione della volontà contrattuale delle parti, per rendere cioè la disciplina contrattuale del partenariato coerente e adeguata con la fattispecie concreta (e con l'interesse pubblico concreto da perseguire) in pieno accordo con la natura atipica del contratto di partenariato» (cfr. Cons. St., comm. spec., parere n. 775/2017, cit.).

⁷⁷ Cfr. art. 165, comma 1, del codice, secondo cui nei contratti di concessione la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi sul mercato.

⁷⁸ Cfr. direttiva 2014/23/UE, considerando 20: «[i]l rischio operativo dovrebbe essere inteso come rischio di esposizione alle fluttuazioni del mercato, che possono derivare da un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta ovvero contestualmente da un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta».

⁷⁹ La clausola, recepita dall'art. 5, comma 1, della direttiva, farebbe riferimento a casi eccezionali legati al c.d. rischio finanziario sistemico. Si veda sul punto M. RICCHI, *La nuova direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, op.cit., p. 747.

⁸⁰ Non sono qualificabili concessioni, ma appalti di servizi, quei contratti – come il caso dell'affidamento della gestione del servizio idrico integrato – in cui il contraente è remunerato in base a tariffe regolamentate calcolate in modo da coprire la totalità dei costi e degli investimenti. Così G.F. CARTEI, *Rischio e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*, op.cit., pp. 599 ss..

resi. In buona sostanza, l'art. 180 del codice tratteggia il regolamento essenziale di ciascun contratto di partenariato pubblico privato⁸¹, compresa la concessione (cui inerisce il rischio di domanda), la quale però, ai sensi dell'art. 165, si caratterizza anche per il trasferimento in capo al concessionario del rischio operativo⁸².

In particolare, il “rischio di costruzione” è definito «*il rischio legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, all'aumento dei costi, a inconvenienti di tipo tecnico nell'opera e al mancato completamento dell'opera*»⁸³; il “rischio di disponibilità” è il «*rischio legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti*»⁸⁴ ed il “rischio di domanda” è il «*rischio legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa*»⁸⁵.

L'ANAC, nell'indicare a titolo esemplificativo i rischi specifici riconducibili alle diverse categorie, elenca, per il rischio di costruzione e per il rischio di disponibilità circostanze tutte riconducibili in senso lato alla responsabilità dell'operatore economico⁸⁶ o ricomprese nella normale alea di impresa⁸⁷. Ed è significativo

⁸¹ Cfr. Cons. St., comm. spec., parere 855/2016, cit.: il codice introduce «una disciplina quadro valevole, oltre che per le figure tipizzate, anche per figure atipiche, definite [...] come ‘qualunque altra procedura di realizzazione di partenariato in materia di opere o servizi [...]».

⁸² Il trasferimento del rischio operativo in capo al concessionario è anche la ragione per cui, come vedremo, solo per l'affidamento della concessione, l'art. 166 del codice consente all'Amministrazione di organizzare liberamente la procedura per la scelta del concessionario.

⁸³ Art. 3, comma 1, lett. aaa), del codice. Le *Linee Guida ANAC n. 9* citate, riconducono esemplificativamente alla categoria del “rischio di costruzione”: a) rischio di progettazione, connesso alla sopravvenienza di necessari interventi di modifica del progetto, derivanti da errori o omissioni di progettazione, tali da incidere significativamente su tempi e costi di realizzazione dell'opera; b) rischio di esecuzione dell'opera difforme dal progetto, collegato al mancato rispetto degli *standard* di progetto; c) rischio di aumento del costo dei fattori produttivi o di inadeguatezza o indisponibilità di quelli previsti nel progetto; d) rischio di errata valutazione dei costi e tempi di costruzione; e) rischio di inadempimenti contrattuali di fornitori e subappaltatori; f) rischio di inaffidabilità e inadeguatezza della tecnologia utilizzata.

⁸⁴ Art. 3, comma 1, lett. bbb). L'ANAC, nelle linee guida citate, ha ricompreso nel rischio di disponibilità, sempre a titolo esemplificativo e non esaustivo: a) rischio di manutenzione straordinaria, non preventivata, derivante da una progettazione o costruzione non adeguata, con conseguente aumento dei costi; b) rischio di *performance*, ossia il rischio che la struttura messa a disposizione o i servizi erogati non siano conformi agli indicatori chiave di prestazione (KPI) elaborati preventivamente in relazione all'oggetto e alle caratteristiche del contratto o agli standard tecnici e funzionali prestabiliti, con conseguente riduzione dei ricavi; c) rischio di indisponibilità totale o parziale della struttura da mettere a disposizione e/o dei servizi da erogare.

⁸⁵ Art. 3, comma 1, lett. ccc). Secondo l'ANAC il rischio di domanda può non dipendere dalla qualità delle prestazioni erogate dall'operatore economico, costituisce di regola un elemento del consueto “rischio economico” sopportato da ogni operatore in un'economia di mercato. In tale categoria di rischio si distinguono i seguenti rischi specifici: a) rischio di contrazione della domanda di mercato, ossia di riduzione della domanda complessiva del mercato relativa al servizio, che si riflette anche su quella dell'operatore economico; b) rischio di contrazione della domanda specifica, collegato all'insorgere nel mercato di riferimento di un'offerta competitiva di altri operatori che eroda parte della domanda.

⁸⁶ Cfr., per il rischio di costruzione, le voci *sub* a), b), d), f) e per il rischio di disponibilità tutte le voci: *sub* a), b) e c).

⁸⁷ Cfr., per il rischio di costruzione, le voci *sub* c) ed e).

che collochi rischi incidenti sulla costruzione⁸⁸ o sulla disponibilità⁸⁹, ma estranei alla responsabilità dell'operatore economico, tra gli «[a]ltri rischi», distinti dai «rischi generali di costruzione, di domanda e di disponibilità»⁹⁰. Chiarisce, invece, che il rischio di domanda può non dipendere dalla qualità delle prestazioni erogate dall'operatore economico, costituendo di regola un elemento del consueto “rischio economico” sopportato da ogni operatore in un'economia di mercato e sostanzandosi nel rischio di contrazione della domanda di mercato, ossia di riduzione della domanda complessiva del mercato relativa al servizio, che si riflette anche su quella dell'operatore economico, e nel rischio di contrazione della domanda specifica, collegato all'insorgere nel mercato di riferimento di un'offerta competitiva di altri operatori che eroda parte della domanda.

Volendo quindi definire il rapporto tra rischio di domanda e rischio operativo, pare potersi affermare che il primo abbia un ambito più ampio del secondo, comprendendolo: rischio di domanda è qualsiasi rischio legato all'esposizione dell'operatore al mercato, anche riferibile ai suoi errori di gestione o comunque alle sue scelte imprenditoriali; rischio operativo è invece il rischio di esposizione alle fluttuazioni del mercato non riconducibile a responsabilità dell'operatore ed al di fuori, quindi, del suo potere di controllo⁹¹.

Ebbene, il rischio di domanda – comprensivo del rischio operativo – è proprio delle concessioni, secondo il modello anticamente affermato nel nostro ordinamento⁹², ed ora compiutamente definito in ambito eurounitario, caratterizzato dalla trilateralità (concessionario-ente aggiudicatore-utente) del rapporto

⁸⁸ Il rischio di commissionamento, il rischio amministrativo, il rischio espropri, il rischio ambientale e/o archeologico, il rischio interferenze.

⁸⁹ Il rischio normativo-politico-regolamentare, il rischio finanziamento, il rischio finanziario, il rischio di insolvenza, il rischio delle relazioni industriali, il rischio di valore residuale, il rischio di obsolescenza tecnica.

⁹⁰ Cfr. *Linee Guida n. 9*, cit., par. 2.8.. Per tali rischi «[l]’amministrazione dovrà, di volta in volta, in relazione allo specifico progetto, individuare i rischi che possono essere ad esso connessi, ponendo attenzione, in particolare, a quei rischi che possono, con ragionevole certezza, ritenersi a carico del partner privato e che dovranno, quindi, essere allo stesso allocati». Si tratta, quindi, di rischi che non necessariamente (anzi, ordinariamente non) sono posti a carico del privato. Ad essi si riferisce l'ultimo capoverso del comma 3 dell'art. 180 del codice, che dispone «[c]on il contratto di partenariato pubblico privato sono altresì disciplinati anche i rischi, incidenti sui corrispettivi, derivanti da fatti non imputabili all'operatore economico».

⁹¹ La Commissione Speciale del Consiglio di Stato nel parere n. 775/2017 cit., parte I, par. 2, lett. i), afferma, invece, con riferimento al “rischio operativo”, che «in base alla definizione contenuta nell'art. 3, comma 1, lett. zz), del Codice, in tale categoria di rischio rientrano, oltre che il rischio di costruzione, anche il rischio di domanda e/o il rischio di disponibilità». Il parere prosegue, però, ribadendo che «[i]l rischio operativo deriva da fattori al di fuori del controllo delle parti». Ora, si è appena visto che l'ANAC – ad avviso di chi scrive correttamente – colloca i rischi di costruzione e di disponibilità al di fuori del controllo delle parti tra gli “Altri rischi”, distinti dai rischi generali di costruzione, di domanda o di disponibilità, i soli che l'art. 180 prescrive siano trasferiti all'operatore privato ai fini della qualificazione del contratto come di partenariato pubblico privato.

⁹² L'istituto della concessione di costruzione e gestione risale alla l. 20 marzo 1865, n. 2248 – All. F, sull'unificazione amministrativa dello Stato Italiano. Si veda per la prima elaborazione dell'istituto O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative, pt. I. Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. It.*, 1894, IV, pp. 7 ss..

concessorio⁹³, ovvero dalla sostituzione del concessionario all'Amministrazione nei rapporti con l'utenza dell'opera o del servizio⁹⁴. E, ad avviso di chi scrive, il rapporto rimane trilaterale anche nel caso in cui il servizio reso all'utente è pagato direttamente dall'Amministrazione (secondo il ricordato sistema del pedaggio ombra); ciò che rileva, infatti, è il rapporto del concessionario con l'utente e non la circostanza che, per scelta politica, questo sia tenuto esente dal pagamento della prestazione ricevuta o se la relativa tariffa sia corrisposta direttamente all'Amministrazione⁹⁵. Anche in questa ipotesi viene trasferito in capo al concessionario il rischio di domanda⁹⁶ ed il relativo rapporto può qualificarsi “caldo” o “tiepido”, a seconda che il rischio sia trasferito in tutto o in parte⁹⁷.

Le concessioni inoltre si caratterizzano anche per la presenza in capo all'operatore economico del rischio di costruzione (elemento essenziale di qualsiasi contratto di partenariato pubblico privato).

In ipotesi invece di opere e servizi fredde o, come nel caso della fornitura di efficienza energetica, di servizi resi all'Amministrazione, l'ANAC conferma che «*ai fini della qualificazione del contratto come PPP, è*

⁹³ Cfr. F. GOISIS, *Concessioni di costruzione e gestione di lavori e concessioni di servizi*, in *Ius Publicum*, giugno 2011, pp. 2-9. Ad avviso di chi scrive, il rapporto rimane trilaterale anche nel caso in cui il servizio reso all'utente è pagato direttamente dall'Amministrazione (secondo il ricordato sistema del pedaggio ombra).

⁹⁴ Sembra concludere in tal senso G.F. CARTEI, *Rischio e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*, *op.cit.*, laddove rileva che «la scelta del legislatore nazionale ha sancito la centralità del rischio tanto per i contratti di concessione che di partenariato, limitando il rischio di domanda ai primi per le ipotesi in cui è configurabile la prevalente richiesta del mercato, e caratterizzando i secondi per l'esistenza di un rischio sul lato dell'offerta, nella specie del rischio di disponibilità legato al volume o alla qualità dei servizi».

⁹⁵ Cfr. TAR Lombardia, sez. I, 26 novembre 2008, n. 1689: «[n]é a conclusioni diverse [dalla qualificazione come concessione di un servizio pubblico n.d.r.] si deve pervenire per il fatto che l'onere di remunerare l'attività svolta dal privato è assunto direttamente dall'amministrazione. È infatti noto che per l'erogazione del servizio R.S.U. i Comuni sono tenuti ad istituire la tariffa da praticare ai cittadini - nuclei familiari ed imprese - secondo criteri omogenei e con l'obbligo di provvedere all'integrale copertura dei costi. Se è dunque vero che il compenso del gestore è erogato periodicamente dal Comune, è altrettanto vero che il costo del servizio è ripartito tra gli utenti secondo parametri predeterminati, come ad es. l'estensione dell'unità abitativa e il numero dei componenti del nucleo familiare».

⁹⁶ Di contrario avviso G.F. CARTEI, *Rischio e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*, *op.cit.*, il quale riconduce tale ipotesi al contratto di PPP ed inquadra il rischio in capo all'operatore nella categoria del “rischio di disponibilità”, traendone argomento per affermare che il rischio operativo, inteso come esposizione alle fluttuazioni del mercato, sia proprio di tutti i contratti di partenariato.

⁹⁷ 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*, *op.cit.*, p. 70, qualifica, invece, tale ipotesi come concessione fredda, ritenendo, evidentemente, dirimente la circostanza che il canone sia pagato dall'Amministrazione. L'Autore evidenzia, peraltro, che quella descritta è l'unica possibilità di trasferimento del rischio di domanda nelle concessioni fredde, affermando che tale conclusione «porta a far perfettamente coincidere il rischio dal lato della domanda della direttiva 2014/23/UE con il rischio di domanda individuato da Eurostat». B. RAGANELLI, *Il contratto di concessione come modello di partenariato pubblico-privato e il nuovo codice dei contratti*, *op.cit.*, p. 24, afferma che la natura di una concessione dipende dalla strutturazione delle clausole contrattuali e da come il rischio operativo dal lato domanda o dell'offerta è posto a carico del privato, «piuttosto che dalla ricostruzione bilaterale o trilaterale del rapporto concessorio e/o da chi paghi il servizio».

necessaria l'allocazione in capo all'operatore economico, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità»⁹⁸.

Il Legislatore italiano ha così riprodotto le categorie di rischio definite dalle decisioni dell'Ufficio Statistico Europeo (Eurostat)⁹⁹ al fine di contabilizzare le operazioni fuori dal bilancio pubblico¹⁰⁰. In particolare, secondo Eurostat, la presenza in capo all'operatore privato del rischio di costruzione 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"¹⁰¹. 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 Eurostat¹⁰².

⁹⁸ *Linee Guida n. 9*, cit., punto 2.3.. Sembra giungere alla medesima conclusione, ancorché criticandola, 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, op.cit.*, il quale evidenzia che «a norma del Codice, le Concessioni possono essere solo contratti "caldi"», in quanto «da maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato (art. 165, comma 1)». L'Autore sollecita, a tal proposito, un intervento correttivo dell'«evidente contrasto del testo normativo considerato con quanto previsto all'interno della direttiva 2014/23/UE (considerando 18), ai sensi del quale le concessioni potrebbero essere tanto contratti caldi quanto contratti freddi». Si è visto però una corretta lettura del considerando 18 alla luce della definizione che la stessa direttiva dà della concessione porta a riferire lo stesso alle concessioni con sistema di pagamento del tipo *shadow toll*, in cui i rapporti, ad avviso di chi scrive, rimangono caldi.

⁹⁹ Già dalla decisione dell'11 febbraio 2004: *Treatment of the PPPs*.

¹⁰⁰ 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*, 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».

¹⁰¹ 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).

¹⁰² Cfr. G. SANTI, *Il partenariato pubblico-privato ed il contratto di concessione. Il contraente generale*, in F. MASTRAGOSTINO, *Diritto dei contratti pubblici*, op.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

In fase di impostazione ed elaborazione delle operazioni di PPP, le Amministrazioni aggiudicatrici devono identificare e valutare gli specifici rischi connessi alla costruzione e gestione dell'opera o del servizio oggetto del contratto di partenariato, ponendo gli stessi in capo al soggetto che presenta la maggiore capacità di controllo e gestione degli stessi¹⁰³. Epperò, per essere tale, il contratto di partenariato deve essere definito dalle parti in maniera che il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore economico 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, con valutazione da effettuarsi *ex ante* (art. 180, comma 3). Il Consiglio di Stato, nel suo parere, sottolinea la necessità che il trasferimento dei rischi al *partner* privato sia effettivo, attraverso un sistema di clausole di determinazione del corrispettivo e di penali che correlino la controprestazione dovuta dall'Amministrazione al rispetto da parte del primo degli *standard* di qualità attesi dalla gestione dell'opera o del servizio¹⁰⁴. Pertanto, qualora il corrispettivo riconosciuto all'operatore economico è un canone che l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a versare, questo è proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o mancata disponibilità dell'opera o prestazione dei servizi. Inoltre, se tale evenienza è imputabile all'operatore, la variazione del canone deve, in ogni caso, essere in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi dell'operatore economico (art. 180, comma 4)¹⁰⁵.

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*, *op.cit.*: «le 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».

¹⁰³ ANAC, *Linee Guida n. 9*, cit., punto 1.1.

¹⁰⁴ Già la Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 27 marzo 2009 affermava il principio che «il trasferimento del rischio di disponibilità postula che i contributi pubblici non avvengano automaticamente, ma siano correlati al grado effettivo di disponibilità fornito dal privato, al loro volume ed a determinati *standard* di qualità; di conseguenza non potrebbe parlarsi di assunzione del rischio da parte del privato nell'ipotesi in cui i pagamenti avvenissero sotto forma di canoni/contributi regolari ed indipendenti da volumi e parametri prestabiliti».

¹⁰⁵ Cfr. Cons. St., comm. spec., parere n. 775/2017, cit.: «per effetto del correttivo assume rilevanza la distinzione tra variazione proporzionata (alla ridotta disponibilità dell'opera e del servizio) e variazione del canone che, oltre ad essere proporzionata, deve, in ogni caso incidere, in maniera significativa sul valore annuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi dell'operatore economico. La variazione proporzionata opera, infatti,

La concreta e puntuale individuazione dei rischi trasferiti deve essere contenuta nel contratto, costituendone la «*causa*» ed uno degli elementi fondanti dell'equilibrio economico e finanziario, il quale «*rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi*». L'equilibrio economico e finanziario è infatti rappresentato dalla contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria¹⁰⁶: la prima è la 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 seconda è la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento¹⁰⁷. La valutazione della sussistenza dell'equilibrio economico finanziario della gestione deve essere operata *ex ante*, potendo poi l'effettiva redditività del progetto essere condizionata proprio dal verificarsi delle circostanze sussumibili nel rischio di costruzione ed in quelli di disponibilità o di domanda e – per le concessioni – nel rischio operativo.

Ai soli fini del raggiungimento dell'equilibrio economico finanziario¹⁰⁸, in sede di gara l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo, il quale però, 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 (art. 180, comma 6).

Il verificarsi di fatti non riconducibili all'operatore economico, ma incidenti sull'equilibrio del piano economico-finanziario, può comportare la revisione di quest'ultimo, con la conseguente rideterminazione delle condizioni di equilibrio, purché permangano i rischi trasferiti in capo all'operatore economico e le condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto (art. 182, comma 3).

Il Consiglio di Stato, nel rendere il parere sulle linee guida n. 9 dell'ANAC, ha suggerito la costruzione di un apposito documento, costituente parte integrante del contratto di partenariato, nel quale devono essere individuati, in riferimento allo specifico oggetto contrattuale, gli specifici rischi che devono intendersi trasferiti all'operatore economico. L'ANAC, ha quindi, con le proprie linee guida, predisposto lo schema di “matrice dei rischi”, da allegare – per formarne parte integrante – al contratto di partenariato,

facoltativamente, se si verifica una ridotta o mancata disponibilità dell'opera o del servizio; la variazione significativa opera, doverosamente, nel caso in cui la ridotta o mancata disponibilità sia imputabile all'operatore economico».

¹⁰⁶ Art. 3, comma 1, lett. fff).

¹⁰⁷ L'ANAC, al punto 3.1. delle linee guida n. 9 chiarisce che l'equilibrio economico e finanziario si realizza quando i flussi di cassa derivanti dai ricavi del contratto coprono i flussi di cassa derivanti dai costi ammessi per l'esecuzione del contratto, inclusi quelli relativi all'ammortamento del capitale investito netto e alla remunerazione dello stesso ad un tasso che può essere definito congruo e quelli richiesti per versare le imposte.

¹⁰⁸ Che deve essere, appunto, garantito *ex ante*, tanto che tra i documenti a corredo dell'offerta dell'operatore economico figura il piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito o da società di servizi abilitata ed iscritta nell'elenco degli intermediari finanziari.

con l'obiettivo di disciplinare modalità e limiti di revisione delle condizioni economico-finanziarie poste a base del piano economico-finanziario ed offerte in sede di gara.

6. Le procedure di affidamento

Il codice disciplina differentemente l'affidamento del contratto a seconda che si tratti di concessione di lavori o servizi ovvero di un'altra tipologia contrattuale riconducibile nel *genus* del partenariato pubblico privato. Mentre, per le concessioni, in coerenza con la relativa direttiva¹⁰⁹, il codice afferma il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche, disponendo all'art. 166 che le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori sono liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario, salvo il rispetto delle disposizioni della parte III del codice, riferita appunto alle concessioni, e dei principi generali posti dall'art. 30¹¹⁰, per gli altri contratti riconducibili al paradigma del partenariato pubblico privato l'art. 181, comma 1, prescrive che la scelta dell'operatore economico avvenga con procedure ad evidenza pubblica anche mediante dialogo competitivo¹¹¹.

Prima di passare all'esegesi delle norme relative alle procedure di affidamento di contratti di partenariato, pare opportuno osservare che la diversità di disciplina portata dal codice, plasticamente rappresentata anche dalla diversa collocazione (parte III e parte IV)¹¹², è un ulteriore argomento a favore della tesi, sostenuta nel presente contributo, dell'inerenza del rischio operativo alla sola concessione: il solo contratto di partenariato pubblico privato cui si applichi la direttiva 2014/23/UE. Il codice ha infatti recepito l'indicazione della direttiva di lasciare libere le stazioni appaltanti, a fronte della complessità dei contratti da aggiudicare e dell'assunzione di rischio del concessionario, di affidare le concessioni con procedure competitive flessibili e negoziate. I contratti di partenariato diversi dalla concessione, privi di

¹⁰⁹ Art. 30, par. 1, direttiva 2014/23/UE: «[l]'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore sono liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario fatto salvo il rispetto della presente direttiva».

¹¹⁰ Art. 30, comma 1, d.lgs. n. 50/2016: «[l]'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni, ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice. Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico».

¹¹¹ Sembra, invece, ritenere che il principio della libertà delle forme delle procedure di aggiudicazione, posto dalla direttiva concessioni, abbia una valenza generale e riguardi tutti i contratti di partenariato pubblico privato GARY LOUIS PIETRANTONIO, *Il Project Financing tra pubblico e privato. Problemi, scenari e prospettive*, op.cit., p. 59.

¹¹² Ancorché norme specificamente dedicate alla concessione si trovino anche nella parte IV (come ad esempio l'art. 183 di disciplina della finanza di progetto e l'art. 184 di disciplina della società di progetto) e questa a volte rinvii a norme della parte terza per la disciplina generale del partenariato (ad esempio, oltre all'art. 178, l'art. 180, comma 7).

copertura europea e – soprattutto – caratterizzati dal trasferimento di rischi in capo all’operatore più vicini ai rischi propri dell’appaltatore che al rischio operativo del concessionario, vanno affidati – come vedremo – con *procedure di evidenza pubblica*. Invero, non solo e non tanto la complessità dell’operazione – comune alla generale figura del partenariato – quanto la fiducia nella capacità di autoregolamentazione del mercato – cui il concessionario rimane esposto – e nell’efficacia dei relativi presidi, sembra avere indotto il Legislatore europeo a riconoscere ampi spazi di libertà e di autodeterminazione nella costruzione delle procedure di scelta del concessionario, garantiti dal codice con diverse disposizioni della Parte III, tra le quali spiccano, oltre all’art. 166 citato, l’art. 171, comma 7, che consente alla stazione appaltante di condurre liberamente negoziazioni con i candidati e gli offerenti, con l’unica condizione di non modificare l’oggetto della concessione, i criteri di aggiudicazione ed i requisiti minimi¹¹³.

In tale contesto, per la verità, appare poco comprensibile – se non come il riflesso condizionato di un Legislatore assai poco fiducioso nelle capacità di autodeterminazione dell’Amministrazione¹¹⁴ – il rinvio operato dall’art. 164, comma 2, “per quanto compatibili” alle «*disposizioni*» contenute nella parte I e II del codice¹¹⁵, quando l’art. 30 della direttiva richiede il solo rispetto dei «*principi*» della parità di trattamento,

¹¹³ Cfr. direttiva 2014/23/UE, considerando n. 68: «[d]i norma le concessioni sono accordi complessi di lunga durata con i quali il concessionario assume responsabilità e rischi tradizionalmente assunti dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori e rientranti di norma nell’ambito di competenza di queste ultime. Per tale ragione, fatta salva l’osservanza della presente direttiva e di principi di trasparenza e di parità di trattamento, dovrebbe essere lasciata alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori un’ampia flessibilità nel definire e organizzare la procedura di selezione del concessionario. Tuttavia, al fine di garantire parità di trattamento e trasparenza durante l’intera procedura di aggiudicazione, è opportuno prevedere garanzie minime per quanto riguarda la procedura di aggiudicazione, ivi comprese informazioni sulla natura e l’ambito di applicazione della concessione, la limitazione del numero di candidati, la diffusione delle informazioni ai candidati e agli offerenti e la disponibilità di registrazioni appropriate. È altresì necessario disporre che vengano rispettate le condizioni iniziali previste dal bando di concessione, per evitare disparità di trattamento tra i potenziali candidati».

¹¹⁴ Riflesso che espone spesso il Legislatore italiano alla violazione del divieto di *gold plating*, posto in particolare per il recepimento delle direttive europee sui contratti e concessioni dall’art. 1, della legge delega (l. 28 gennaio 2016, n. 11), il quale ha stabilito il divieto di introdurre livelli di regolazione superiori a quelli imposti dalle direttive da recepire. Si vedano, con riferimento al diverso tema dell’estensione ai settori speciali di norme che nelle direttive europee valgono solo per i settori ordinari, le acute osservazioni di L. TORCHIA, *La disciplina dei settori speciali nel nuovo codice dei contratti*, in E. BRUTI LIBERATI - M. DE FOCATIIS - 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*, *op.cit.*, pp. 19-20. Rileva l’Autrice che è diffusa la convinzione che il sistema italiano presenti specificità e peculiarità tali da non consentire il semplice recepimento del diritto europeo, ma da richiedere, invece, una disciplina speciale, con vincoli più rigidi, minori margini di scelta e di discrezionalità, controlli pervasivi ed intrusivi. A questa convinzione si aggiunge poi la diffidenza, anch’essa tipicamente italiana, verso la libertà e l’autodeterminazione dei soggetti: che si tratti della discrezionalità dell’Amministrazione o dell’autonomia privata, la preferenza del Legislatore e dei regolatori è sempre per regole conformative, ritenendosi insufficienti, ed anzi rischiose, le regole condizionali che sono tipiche della regolazione di mercato: anche del mercato dei contratti pubblici.

¹¹⁵ Relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione.

non discriminazione e trasparenza posti dall'art. 3 della stessa. Paradossalmente, quanto alla concessione di servizi, la libertà di autodeterminazione dell'amministrazione aggiudicatrice risulta assai più limitata rispetto alla disciplina previgente, che escludeva per la scelta del concessionario l'applicazione delle disposizioni del codice dei contratti, richiedendo invece al rispetto dei «*principi*» desumibili dal Trattato e dei «*principi generali relativi ai contratti pubblici*»¹¹⁶.

La stessa discutibile tecnica del rinvio alle altre disposizioni del codice «*in quanto compatibili*», è utilizzata dall'art. 179 nel dettare la disciplina comune applicabile alle procedure di affidamento dei contratti di partenariato pubblico privato. La norma infatti dispone che tale disciplina comune è rappresentata dalle disposizioni di cui alle parti I, III, V, e VI del codice, in quanto compatibili, e dalle disposizioni – sempre, in quanto compatibili – della parte II, titolo I, se l'importo dei lavori o dei servizi oggetto del contratto sia superiore alla soglia di rilevanza comunitaria fissata dall'art. 35, nonché, ancora, dalle disposizioni contenute della parte I e II richiamate dall'art. 164, comma 2.

In questo dedalo di rinvii occorre orientarsi per tentare di individuare la disciplina applicabile alle procedure di affidamento di contratti di partenariato pubblico privato.

L'art. 179 rinvia tanto alle disposizioni relative alla concessione (parte III), quanto a quelle relative all'appalto (parte II, titolo I). È evidente che non potendosi contemporaneamente applicarsi entrambe le categorie di disposizioni, il rinvio va riferito alla prima quante volte il partenariato pubblico privato sarà qualificabile quale concessione di lavori o servizi, con trasferimento quindi in capo al concessionario del rischio operativo. Quando, invece, il contratto sia riconducibile al *genus* partenariato pubblico privato, ma non alla *species* concessione, troveranno applicazione, in quanto compatibili, le disposizioni in materia di appalto¹¹⁷.

Inoltre, la prescrizione tassativa contenuta nell'art. 181, comma 1, secondo cui la scelta dell'operatore economico avviene con procedure ad evidenza pubblica anche mediante dialogo competitivo, porta ad escludere l'applicazione alle procedure di affidamento di contratti di partenariato diversi dalla concessione del principio di libera amministrazione, posto dall'art. 166, e della libertà nelle negoziazioni consentita dall'art. 171, comma 7.

Il riferimento alle procedure di evidenza pubblica è stato inteso in dottrina come limitato alla procedura aperta e ristretta, anche mediante dialogo competitivo, con esclusione di tutto ciò che sia a libera

¹¹⁶ Cfr. art. 30, comma 3, d.lgs. n. 163/2006: «[l]a scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi».

¹¹⁷ Cfr., in questo senso, G. SANTI, *Il partenariato pubblico-privato ed il contratto di concessione. Il contraente generale*, in F. MASTRAGOSTINO, *Diritto dei contratti pubblici, op.cit.*, p. 164.

strutturazione e che non abbia un modello procedimentale definito dal codice¹¹⁸. Stando però alla lettera della norma, pare, invece, preferibile intendere il rinvio a tutte le procedure di evidenza pubblica disciplinate dal codice, a condizione – nei partenariati diversi dalla concessione – sussistano i presupposti prescritti per la relativa attivazione. Quindi, potrà farsi applicazione non soltanto della procedura aperta o ristretta, ma anche della procedura competitiva con negoziazione, purché ricorrano i presupposti indicati dall'art. 59, comma 2, del codice¹¹⁹. Essendo, peraltro, tali presupposti i medesimi del dialogo competitivo ed essendo detta procedura di affidamento ammessa comunque dall'art. 181 per i partenariati pubblico privato, è da ritenere che (solo) tali contratti possano essere affidati con il ricorso al dialogo competitivo anche qualora non ricorrano i presupposti legittimanti lo stesso.

Diverso è a dirsi per l'altra (nuova) procedura di affidamento – comunque ad evidenza pubblica – introdotta dalle direttive appalti (nei settori ordinari e speciali) e recepita dal codice: il partenariato per l'innovazione.

L'art. 65, nel disciplinare tale procedura, dispone che le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori possano farvi ricorso nelle ipotesi in cui l'esigenza di sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi e di acquistare successivamente le forniture, i servizi o i lavori che ne risultano non può, in base ad una motivata determinazione, essere soddisfatta ricorrendo a soluzioni già disponibili sul mercato, a condizione che le forniture, servizi o lavori che ne risultano, corrispondano ai livelli di prestazioni e ai costi massimi concordati tra le stazioni appaltanti e i partecipanti. Quindi, anche con il partenariato per l'innovazione si instaura un rapporto contrattuale tendenzialmente di lunga durata volto allo sviluppo dell'intero bene o servizio che l'Amministrazione – se non risolve anticipatamente il rapporto – acquista. Manca, però, in tale rapporto contrattuale, il trasferimento in capo all'operatore privato dei rischi di disponibilità e di domanda e – probabilmente – dello stesso rischio di costruzione.

¹¹⁸ Così M. RICCHI, *L'architettura dei Contratti di Concessione e di PPP nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici D.Lgs. 50/2016*, *op.cit.*

¹¹⁹ a) per l'aggiudicazione di contratti di lavori, forniture o servizi in presenza di una o più delle seguenti condizioni: 1) le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice perseguite con l'appalto non possono essere soddisfatte senza adottare soluzioni immediatamente disponibili; 2) implicano progettazione o soluzioni innovative; 3) l'appalto non può essere aggiudicato senza preventive negoziazioni a causa di circostanze particolari in relazione alla natura, complessità o impostazione finanziaria e giuridica dell'oggetto dell'appalto o a causa dei rischi a esso connessi; 4) le specifiche tecniche non possono essere stabilite con sufficiente precisione dall'amministrazione aggiudicatrice con riferimento a una norma, una valutazione tecnica europea, una specifica tecnica comune o un riferimento tecnico ai sensi dei punti da 2 a 5 dell'allegato XIII; b) per l'aggiudicazione di contratti di lavori, forniture o servizi per i quali, in esito a una procedura aperta o ristretta, sono state presentate soltanto offerte irregolari o inammissibili ai sensi rispettivamente dei commi 3 e 4. In tali situazioni, le amministrazioni aggiudicatrici non sono tenute a pubblicare un bando di gara se includono nella ulteriore procedura tutti, e soltanto, gli offerenti in possesso dei requisiti di cui agli articoli dal 80 al 90 che, nella procedura aperta o ristretta precedente, hanno presentato offerte conformi ai requisiti formali della procedura di appalto.

Nella figura disciplinata dall'art. 65 del codice, infatti, è l'Amministrazione che finanzia il processo di ricerca e di innovazione. In particolare, il comma 5 dell'articolo citato, prevede che il partenariato per l'innovazione sia strutturato in fasi successive secondo la sequenza delle fasi del processo di ricerca e di innovazione, che può comprendere la fabbricazione dei prodotti o la prestazione dei servizi o la realizzazione dei lavori. Esso fissa obiettivi intermedi che le parti devono raggiungere e prevede il pagamento della remunerazione con congrue rate. In base a questi obiettivi, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore può decidere, dopo ogni fase di risolvere il partenariato per l'innovazione o, nel caso di un partenariato con più operatori, di ridurre il numero degli operatori risolvendo i singoli contratti.

Tale disciplina non è compatibile con gli elementi costitutivi del partenariato pubblico privato: non vi è trasferimento di alcun rischio in capo all'operatore economico privato, il quale deve essere retribuito congruamente per ogni fase definita dal contratto, potendo l'Amministrazione, in base agli obiettivi intermedi, al più risolvere lo stesso.

Sembra, piuttosto, che il partenariato per l'innovazione sia finalizzato all'instaurazione di un modello contrattuale alternativo al partenariato pubblico privato, in cui è l'Amministrazione promotrice e finanziatrice dell'innovazione¹²⁰.

L'art. 181, comma 2, dispone che le amministrazioni aggiudicatrici provvedano all'affidamento dei contratti ponendo a base di gara il progetto definitivo e uno schema di contratto e di piano economico finanziario, che disciplinino l'allocatione dei rischi tra amministrazione aggiudicatrice e operatore economico. Tale norma pone un'eccezione al divieto previsto dall'art. 59, comma 1, del ricorso dell'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori, divieto peraltro attenuato dal correttivo al codice, il quale, inserendo in commi 1-*bis* e 1-*ter*, ha reintrodotta l'appalto integrato, sia pure nei soli casi in cui l'elemento tecnologico o innovativo delle opere oggetto dell'appalto sia nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo dei lavori.

Prima ancora di avviare la procedura di affidamento, la stessa decisione di procedere alla costruzione di un'operazione di partenariato pubblico privato deve essere presa sulla base di un'adeguata istruttoria con riferimento all'analisi della domanda e dell'offerta, della sostenibilità economico-finanziaria ed economico-sociale dell'operazione, alla natura e alla intensità dei diversi rischi presenti nell'operazione di partenariato. Ciò anche utilizzando tecniche di valutazione mediante strumenti di comparazione per

¹²⁰ Così S. BIGAZZI, *Le "innovazioni" del partenariato per l'innovazione*, in A. FIORITTO (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, *op.cit.*, pp. 235-236. Ritiene, invece, il partenariato per l'innovazione possa essere ricondotto alla più generale categoria del partenariato pubblico privato C. CHIARELLO, *Il partenariato per l'innovazione*, in www.giustamm.it, n. 2/2016.

verificare la convenienza del ricorso a forme di partenariato pubblico privato in alternativa alla realizzazione diretta tramite normali procedure di appalto. L'ANAC, accogliendo l'invito del Consiglio di Stato¹²¹, ha disposto con le linee guida n. 9 che la matrice dei rischi deve essere utilizzata anche in fase di programmazione della procedura di gara, per la redazione del documento di fattibilità economica e finanziaria, per verificare la convenienza del ricorso al PPP rispetto ad un appalto tradizionale e per la corretta indicazione della fase procedimentale.

L'art. 183 del codice disciplina la finanza di progetto che, pur indicata tra i contratti di partenariato pubblico privato dall'art. 180, è in realtà un procedimento per l'affidamento di concessioni di lavori e di servizi¹²², «*in alternativa all'affidamento mediante concessione ai sensi della parte III*».

Il procedimento è a iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice per opere o servizi inserite negli strumenti di programmazione formalmente approvati dalla stessa. Questa, in tal caso, pone a base di gara il progetto di fattibilità¹²³, mediante pubblicazione di un bando finalizzato alla presentazione di offerte che contemplino l'utilizzo di risorse totalmente o parzialmente a carico dei soggetti proponenti e che contengano il progetto definitivo, la bozza di convenzione ed il piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito o da società di servizi costituita dallo stesso istituto ed iscritta nell'elenco generale degli intermediari finanziari.

Per le sole opere e servizi non presenti negli strumenti di programmazione dell'Ente¹²⁴, l'iniziativa procedimentale può essere anche degli operatori privati (art. 183, comma 15), i quali possono presentare all'Amministrazione una proposta contenente il progetto di fattibilità, la bozza di convenzione ed il piano economico-finanziario asseverato, oltre alla specificazione del servizio e della gestione. In tal caso

¹²¹ L'ANAC, accogliendo l'invito del Consiglio di Stato, dispone anche che la matrice dei rischi è utilizzata in fase di programmazione della procedura di gara, per la redazione del documento di fattibilità economica e finanziaria, per verificare la convenienza del ricorso al PPP rispetto ad un appalto tradizionale e per la corretta indicazione della fase procedimentale. Il Consiglio di Stato, infatti, nel suo parere, ha evidenziato che «[u]n simile documento dovrebbe in realtà rappresentare non solo lo strumento contrattuale per la migliore e più idonea individuazione dei rispettivi obblighi contrattuali in funzione del raggiungimento dell'interesse pubblico oggetto del contratto di partenariato, nonché per la verifica nel corso dell'esecuzione del contratto stesso della permanenza in capo all'operatore economico dei rischi assunti, ma dovrebbe auspicabilmente porsi a fondamento stesso della scelta di programmazione dell'amministrazione pubblica in ordine agli interessi pubblici da selezionare e perseguire e al mezzo concreto con cui perseguirli, stante l'importanza strategica del partenariato pubblico privato e la sua alternatività rispetto all'appalto».

¹²² L'art. 183 si riferisce espressamente «alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, ivi inclusi quelli relativi alle strutture dedicate alla nautica da diporto». È da ritenere, però, che, ai sensi dell'art. 179, comma 3 – a mente del quale «[l]e disposizioni della presente parte si applicano, in quanto compatibili, anche ai servizi» – la finanza di progetto possa essere utilizzata anche per l'affidamento di una concessione di servizi.

¹²³ Il progetto di fattibilità tecnica ed economica è il primo dei tre livelli di progettazione indicati dall'art. 23 del codice, seguito dal progetto definitivo e dal progetto esecutivo.

¹²⁴ Il nuovo codice non ha previsto la possibilità, consentita dall'art. 153, comma 16, del vecchio codice, di iniziativa privata anche per opere presenti nella programmazione dell'Ente, in caso di inerzia della stessa.

L'Amministrazione, nel termine perentorio di tre mesi, valuta la fattibilità della proposta, potendo eventualmente chiedere modifiche alla stessa. Se la proposta è valutata positivamente, il relativo progetto di fattibilità è inserito negli strumenti di programmazione dell'Ente e posto a base di gara, alla quale viene invitato a partecipare anche il proponente. Questi, se non aggiudicatario, può esercitare entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione il diritto di prelazione: il diritto cioè a vedersi aggiudicato il contratto alle stesse condizioni proposte dall'aggiudicatario corrispondendo a questi l'importo delle spese per la predisposizione dell'offerta. Rimborso che, invece spetta al proponente a carico dell'aggiudicatario qualora il primo non eserciti il diritto di prelazione.

Di rilevante interesse per il presente lavoro è il comma 16 dell'art. 183, che estende la procedura di iniziativa privata della finanza di progetto a «*tutti i contratti di partenariato pubblico privato*».

Pertanto, anche per rapporti c.d. freddi, quali sono generalmente quelli regolati da contratti di rendimento energetico, nel caso in cui la riqualificazione energetica dell'immobile pubblico non sia presente negli strumenti di programmazione dell'ente proprietario, l'operatore privato (la ESCo) può assumere l'iniziativa finalizzata alla stipula del contratto, presentando un progetto di fattibilità corredato di bozza di convenzione e di piano economico-finanziario asseverato.

7. 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 privato¹²⁵, gravando sull'operatore economico sia il rischio di costruzione che il rischio di disponibilità¹²⁶. 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

¹²⁵ 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».

¹²⁶ 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*, op.cit., pp. 145 ss.; M. PENNASILICO (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, op.cit., pp. 248-249.

dal Libro verde del 2004, relativi alla durata del contratto¹²⁷, alle modalità di finanziamento del progetto¹²⁸, al ruolo delle parti¹²⁹ ed alla ripartizione dei rischi¹³⁰.

Anzi, come sottolinea autorevole dottrina¹³¹, il partenariato pubblico privato è strumento privilegiato per garantire l'efficienza energetica, particolarmente nell'ambito 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.

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 avrebbero dovuto 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 2016¹³², che

¹²⁷ 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».

¹²⁸ *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».

¹²⁹ *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».

¹³⁰ *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».

¹³¹ R. VILLATA, *Il partenariato pubblico privato nel settore dell'energia*, in E. BRUTI LIBERATI - M. DE FOCATIIS - 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*, *op.cit.*, pp. 37 ss., spec. pp. 44 ss..

¹³² 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.

imponessero 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'ultima¹³³: 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»¹³⁴, azione che ha conseguito i risultati auspicati. Infatti, il 19 settembre 2017 Eurostat ha pubblicato nuove linee guida¹³⁵ che consentono di non iscrivere a bilancio i costi di investimento di un EPC alle seguenti condizioni: che i rischi dell'intervento (*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 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.

Ulteriore elemento di facilitazione del ricorso all'EPC per il miglioramento dell'efficienza energetica degli edifici pubblici è offerto dall'attivazione del Fondo nazionale dell'efficienza energetica. Istituito con l'art. 15 del d.lgs. n. 102/2014, il fondo ha natura rotativa ed è destinato a sostenere il finanziamento di interventi di efficienza energetica, realizzati anche attraverso le ESCo, il ricorso a forme di partenariato pubblico privato e società di progetto o di scopo appositamente costituite. La norma indica tra le finalità del fondo (al primo posto) gli interventi di miglioramento dell'efficienza energetica degli edifici della Pubblica Amministrazione¹³⁶. Con decreto interministeriale del 22 dicembre 2017¹³⁷ sono state individuate le priorità, i criteri, le condizioni e le modalità di funzionamento del Fondo. Inoltre, la legge

¹³³ 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».

¹³⁴ Si veda *SEN 2017 Documento di consultazione* del 12 giugno 2017, p. 73.

¹³⁵ EUROSTAT, *The Recording of Energy Performance Contracts in Governments Account*.

¹³⁶ Art. 15, comma 3, lett. a). Le altre finalità sono: «b) realizzazione di reti per il teleriscaldamento e per il teleraffrescamento; c) efficienza energetica dei servizi e infrastrutture pubbliche, compresa l'illuminazione pubblica; c) efficientamento energetico di interi edifici destinati ad uso residenziale, compresa l'edilizia popolare; e) efficienza energetica e riduzione dei consumi di energia nei settori dell'industria e dei servizi».

¹³⁷ Pubblicato in G.U. il 6 marzo 2018.

di bilancio 2018¹³⁸ ha istituito, nell'ambito del Fondo, una sezione dedicata al rilascio di garanzie su operazioni di finanziamento della riqualificazione energetica degli edifici.

La stessa legge di bilancio ha mantenuto per il 2018 le detrazioni fiscali per la riqualificazione energetica degli edifici, mantenendo l'aliquota al 65 per cento per alcuni interventi¹³⁹, portandola al 50 per cento per altri¹⁴⁰ e, molto opportunamente, introducendo la possibilità di optare per una detrazione nella misura dell'80 o 85 per cento per le spese relative agli interventi su parti comuni di edifici condominiali ricadenti nelle zone sismiche 1, 2 e 3 finalizzati congiuntamente alla riduzione del rischio sismico e alla riqualificazione energetica, ove gli interventi determinino il passaggio, rispettivamente, ad una o a due classi di rischio inferiori¹⁴¹. Inoltre, di particolare importanza ai fini del tema che ci occupa è la disposizione che rende le detrazioni usufruibili anche dagli Istituti autonomi per le case popolari, comunque denominati, nonché dagli enti e dalle società *in house* aventi le stesse finalità sociali dei detti istituti¹⁴².

¹³⁸ L. 20 dicembre 2017.

¹³⁹ Gli interventi di sostituzione di impianti di climatizzazione invernale con impianti dotati di caldaie a condensazione di efficienza almeno pari alla classe A di prodotto prevista dal regolamento delegato UE n. 811/2013 e contestuale installazione di sistemi di termoregolazione evoluti, appartenenti alle classi V, VI oppure VIII della comunicazione della Commissione 2014/C207/02, o con impianti dotati di apparecchi ibridi, costituiti da pompa di calore integrata con caldaia a condensazione, assemblati in fabbrica ed espressamente concepiti dal fabbricante per funzionare in abbinamento tra loro, o per le spese sostenute per l'acquisto e posa in opera di generatori d'aria calda a condensazione (art. 14, commi 2 e 3, d.l. 4 giugno 2013, n. 63, convertito con modificazioni dalla legge 3 agosto 2013, n. 90, così come modificato dall'art. 1, comma 3, lett. a), n. 2, l. 20 dicembre 2017, n. 205)

¹⁴⁰ Interventi di acquisto e posa in opera di finestre comprensive di infissi, di schermature solari e di sostituzione di impianti di climatizzazione invernale con impianti dotati di caldaie a condensazione con efficienza almeno pari alla classe A di prodotta prevista dal regolamento delegato (UE) n. 811/2013 della Commissione del 18 febbraio 2013.

¹⁴¹ Art. 14, comma 2-*quater*, d.l. n. 63/2013, cit., così come modificato dall'art. 1, comma 3, lett. a) n. 7, l. n. 205/2017.

¹⁴² Art. 14, comma 2-*septies*, d.l. n. 63/2013, cit., così come modificato dall'art. 1, comma 3, lett. a), n. 10, l. n. 205/2017.