

M. G. LANDI

Unità Tecnica Efficienza Energetica
Servizio Efficienza Energetica nella PA Locale
Centro Ricerche Casaccia, Roma

C. BENANTI

Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Catania

M. MATERA, P. TELESCA

Unità Tecnica Efficienza Energetica
Servizio Efficienza Energetica nella PA Locale
CCEI, Potenza

E. VALERIANI

Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Modena, Reggio Emilia

I CONTRATTI DI PRESTAZIONE ENERGETICA (EPC)

Aspetti giuridici degli EPC e ipotesi per il superamento
dell'incertezza normativa sulla regolazione degli elementi
essenziali del contratto

RT/2017/39/ENEA



AGENZIA NAZIONALE PER LE NUOVE TECNOLOGIE,
L'ENERGIA E LO SVILUPPO ECONOMICO SOSTENIBILE

M. G. LANDI

Unità Tecnica Efficienza Energetica
Servizio Efficienza Energetica nella PA Locale
Centro Ricerche Casaccia, Roma

C. BENANTI

Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Catania

M. MATERA, P. TELESCA

Unità Tecnica Efficienza Energetica
Servizio Efficienza Energetica nella PA Locale
CCEI, Potenza

E. VALERIANI

Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Modena, Reggio Emilia

I CONTRATTI DI PRESTAZIONE ENERGETICA (EPC)

Aspetti giuridici degli EPC e ipotesi per il superamento
dell'incertezza normativa sulla regolazione degli elementi
essenziali del contratto

RT/2017/39/ENEA



AGENZIA NAZIONALE PER LE NUOVE TECNOLOGIE,
L'ENERGIA E LO SVILUPPO ECONOMICO SOSTENIBILE

Ringraziamenti

Il presente rapporto è frutto dello studio realizzato da un gruppo di ricerca ENEA (unità UTEE APL diretta dall'ing. Mauro Marani) e le Facoltà di Giurisprudenza delle Università di Catania e di Modena-Reggio Emilia.

Come ogni lavoro di ricerca, anche questo ha usufruito del contributo e del confronto continuo con una molteplicità di esperti del settore che, con pazienza e estrema disponibilità, ci hanno aiutato a sciogliere i numerosi dubbi sia tecnici che giuridici che si presentavano durante la stesura del rapporto.

A tutti loro va il nostro sentito ringraziamento. Un grazie speciale lo destiniamo all'arch. Gaetano Fasano che, consapevole dell'importanza che assume lo studio dello strumento giuridico EPC per lo sviluppo del mercato, è stato il primo (era il 2010) a stimolare la ricerca giuridica in ENEA affiancandola alla ricerca delle soluzioni tecnico scientifiche.

I rapporti tecnici sono scaricabili in formato pdf dal sito web ENEA alla pagina www.enea.it

I contenuti tecnico-scientifici dei rapporti tecnici dell'ENEA rispecchiano l'opinione degli autori e non necessariamente quella dell'Agenzia

The technical and scientific contents of these reports express the opinion of the authors but not necessarily the opinion of ENEA.

I CONTRATTI DI PRESTAZIONE ENERGETICA (EPC)

Aspetti giuridici degli EPC e ipotesi per il superamento dell'incertezza normativa sulla regolazione degli elementi essenziali del contratto

M.G. Landi, M. Matera, P. Telesca, E. Valeriani, C. Benanti

Riassunto

L'Energy Performance Contract (EPC) è ampiamente praticato in Europa come accordo volto a ridurre gli sprechi di risorse degli impianti e degli edifici.

Conosciuto in Italia come contratto di rendimento/prestazione energetica, l'EPC stenta però a trovare diffusione. Esso incontra difficoltà di diffusione individuabili:

- nella diffidenza dei possibili beneficiari (pubblici e privati) e degli istituti finanziari, alimentata dalla mancanza di un'adeguata analisi di questo peculiare modello contrattuale e dei vantaggi che esso può apportare in termini economici e di sostenibilità ambientale;
- nell'incertezza normativa riguardo la regolazione degli elementi essenziali del contratto;
- nell'incertezza del conseguimento dei risultati.

Questi tre fattori congiunti relegano l'EPC in una zona buia, che ne riduce le potenzialità. Nel presente lavoro sono esaminati principalmente tre aspetti:

1. Che cosa è un contratto EPC;
2. L'EPC alla luce del D.Lgs 50/2016 s.m.i. (Nuovo Codice degli Appalti Pubblici);
3. Quali proposte per superare il fattore "incertezza normativa".

Questo Rapporto Tecnico sui profili giuridici dell'EPC ha inteso offrire una bussola per chiarire le caratteristiche essenziali di questo contratto.

Da questo lavoro emerge chiaramente che, se l'EPC tra soggetti privati è di applicazione non particolarmente complessa, nel caso di utilizzo nel settore pubblico, dovendo essere coerente anche con il Codice dei Contratti Pubblici, la sua applicazione e, conseguentemente, la sua diffusione diviene più difficile.

Il presente lavoro, per quanto attiene l'applicazione dell'EPC nel settore pubblico, ha inteso chiarire in quali casi l'EPC sia da incardinare fra gli Appalti di Servizi e quando, al contrario, possa assumere la veste di Partnership Pubblico Privato (ed in particolare di Concessione di Servizi).

Parole chiave: EPC - Contratto di Prestazione Energetica – Modello Contrattuale – Partenariato Pubblico Privato – Appalto di servizi.

Abstract

The Energy Performance Contract (EPC) is widely used in Europe as an agreement to reduce energy consumption and improve energy efficiency in buildings.

In Italy the EPC is known as an energy efficiency/performance contract, but the EPC is struggling to find dissemination.

Difficulties of diffusion must be sought in:

- lack of thorough analysis of this particular contractual model and the benefits it can make in economic terms and environmental sustainability;*
- Uncertainty regarding the regulation of the essential elements of the contract;*
- Uncertainty in achieving results.*

These three combined factors put the EPC in a darker area, reducing its potentiality. In this document, we mainly examine three aspects:

- 1. What is an Energy Performance Contract?*
- 2. EPC having regard to D.Lgs 50/2016 (new public procurement code);*
- 3. Proposals to overcome the "regulatory uncertainty" factor.*

This Technical Report on EPC Legal Profiles aims to clarify the essential features of this contract.

If the EPC between private entities does not find a particularly complex application, in the case of public sector use, being consistent with the Public Contracts Code, its application and dissemination becomes more difficult.

This work, with regard to EPC's application in the public sector, seeks to clarify in which cases the EPC is to be included in the Service Contracts or, on the contrary, to be part of the Private Public Partnerships.

Key words: *EPC - Energy Performance Contract - Contract Model - Public Private Partnership.*

INDICE

Introduzione	7
1. Caratteristiche principali di un contratto EPC	7
1.1. Definizione	7
1.2. Le principali tipologie di EPC	10
1.3. Soggetti del contratto	12
1.3.1 Il fornitore	12
1.3.2 Il beneficiario	13
1.3.3 Il soggetto finanziatore se diverso dal fornitore	14
1.4. I profili giuridici del contratto EPC	15
1.4.1 Il Contratto di EPC alla prova del codice civile	16
1.5. Gli elementi minimi (cenni)	18
1.6. Oggetto	20
2. EPC pubblici: la difficile convivenza con il D.Lgs 50/2016 e s.m.i.	21
2.1. EPC concessione o appalto?	23
2.2.1. Il Partenariato Pubblico privato(PPP) e l'Appalto: l'identificazione degli elementi distintivi	26
2.2.2 In particolare: il rischio operativo	28
2.2.3 Conseguenze operative rilevanti a seguito dell'individuazione del modello applicabile ai sensi del D.Lgs 50/2016 s.m.i	30
3. Conclusioni: come superare il fattore "incertezza normativa"	33
Bibliografia	35
NORMATIVA DI RIFERIMENTO	37
Normativa europea	37
Normativa italiana	37

Introduzione

Negli ultimi anni si è ampiamente diffuso in Europa l'Energy Performance Contract come contratto che consente di investire nella riduzione dei consumi e degli sprechi energetici di impianti ed edifici.

Introdotta in Italia con l'art. 2 del D.Lgs 115/2008 e conosciuto come “contratto di rendimento energetico”, l'EPC stenta tuttavia a trovare diffusione. Esso incontra difficoltà di diffusione individuabili:

- nella diffidenza dei possibili beneficiari (pubblici e privati) e degli istituti finanziari, alimentata dalla mancanza di un'adeguata analisi di questo peculiare modello contrattuale e dei vantaggi che esso può apportare in termini economici e di sostenibilità ambientale;
- nell'incertezza normativa riguardo la regolazione degli elementi essenziali del contratto;
- nell'incertezza del conseguimento dei risultati.

Questi tre fattori congiunti relegano l'EPC in una zona d'ombra, che ne riduce le potenzialità di diffusione e di utilizzo. Per questa ragione si è ritenuto opportuno affrontare il tema in questo lavoro concentrandosi principalmente su 3 aspetti:

4. Caratteristiche principali di un contratto EPC;
5. L'EPC alla luce del D.Lgs 50/2016 s.m.i. (Nuovo Codice degli Appalti Pubblici);
6. Proposte per superare il fattore “incertezza normativa”.

1. Caratteristiche principali di un contratto EPC

Il contratto EPC individua, progetta e realizza il livello di efficienza energetica di un determinato impianto o edificio (così come definito dalla norma UNI/TS 11300 – 1, ossia l'insieme di fabbricato e impianti), al fine di ottenere un risparmio energetico calcolato in kWh con un conseguente risparmio di spesa sulla bolletta energetica del cliente¹.

Introdotta per la prima volta nella normativa comunitaria con la Direttiva 2006/32/CE la sua diretta derivazione da contratti e pratiche del “mondo anglosassone” giustifica il fatto che tale tipo di contratto non trovi una collocazione specifica nella sezione del Codice Civile dedicata ai singoli contratti (titolo terzo, libro quarto codice civile).

Malgrado la traduzione letterale di EPC “Energy Performance Contract” sia “contratto di prestazione energetica”, esso è stato introdotto nel nostro ordinamento con il D.Lgs 115/2008 di *“Attuazione della direttiva 2006/32/CE relativa all'efficienza degli usi finali dell'energia e i servizi energetici e abrogazione della direttiva 93/76/CEE”* con la titolazione di “contratto di rendimento energetico”

1.1. Definizione

L'art. 2 del D.Lgs 30 maggio 2008, n. 115 definiva inizialmente il contratto EPC come un *“Accordo contrattuale tra il beneficiario e il fornitore riguardante una misura di miglioramento dell'efficienza*

¹ http://www.treccani.it/diritto/approfondimenti/diritto_amministrativo/1_Piselli_rendimento_energetico.html
di Pierluigi Piselli, Silvano Mazzantini, Annalisa Stirpe

energetica, in cui i pagamenti a fronte degli investimenti in siffatta misura sono effettuati in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica stabilito contrattualmente”.

Questa prima definizione individuava dunque 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)”²

In seguito alla pubblicazione della direttiva 2012/27/UE, recepita in Italia con il D.Lgs 102/2014 (Attuazione della direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica, che modifica le direttive 2009/125/CE e 2010/30/UE e abroga le direttive 2004/8/CE e 2006/32/CE), la definizione di EPC è stata modificata dall'art. 2 lett. n) nel modo seguente:

"Accordi contrattuali tra il beneficiari. 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”.

Come è evidente, rispetto al primo inquadramento l'art. 2 lett. n) del D.Lgs 102/2014 introduce il concetto di prestazione energetica nonché l'obbligo del beneficiario di monitorare e verificare, durante l'intera durata del contratto, il valore di risparmio prodotto dal miglioramento dell'efficienza energetica. Come si è già anticipato, la complessità dell'EPC è già evidente nella analisi definitoria del contratto, infatti il legislatore usa per tali contratti indifferentemente la dicitura “rendimento” o la dicitura “prestazione”.

Ad esempio, l'art. 14, comma 1, del succitato decreto si legge “i contratti di prestazione energetica stipulati dalla Pubblica Amministrazione contengono gli elementi minimi di cui all'allegato 8 al presente decreto” ma al comma 3 del medesimo articolo la prestazione diviene rendimento “Le Regioni e le Province Autonome forniscono assistenza tecnica alle pubbliche amministrazioni nella stesura dei contratti di rendimento energetico e rendono disponibili al pubblico informazioni sulle migliori pratiche disponibili nell'attuazione dei suddetti contratti anche con il supporto di ENEA” e, ancora, al comma 4. “L'ENEA, omissis, in collaborazione con le Regioni, integra il contratto-tipo per il miglioramento del rendimento energetico dell'edificio di cui all'articolo 4 -ter , comma 3, del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 192, e successive modificazioni, con gli elementi minimi di cui all'allegato 8”.

L'utilizzo indifferenziato dei due termini (prestazione/rendimento) crea difficoltà nella corretta individuazione della fattispecie contrattuale, stante, peraltro, la connaturata molteplicità di tipologie di contratti EPC di cui si dirà in seguito.

²Marisaria Maugeri, Il contratto di rendimento energetico e i suoi «elementi minimi» in «La nuova giurisprudenza civile commentata» n. 9 settembre 2014 CEDAM

Le considerazioni che seguono evidenzieranno come la promiscuità nell'uso della nomenclatura, in particolare nel caso degli EPC per edifici, possa indurre incomprensioni e ulteriori difficoltà nell'applicazione e nell'utilizzo di un contratto già di per sé abbastanza complesso.

E' opportuno, pertanto, chiarire che nel presente lavoro, che si concentra sugli EPC per la riqualificazione degli edifici, si utilizzerà la definizione di "contratto di prestazione energetica".

Tale decisione è determinata dalla osservazione che rendimento e prestazione energetica sono normalmente utilizzati per identificare misure differenti, infatti la letteratura scientifica definisce il rendimento³ energetico come il valore che indica il rapporto tra la quantità di energia resa e la quantità di energia acquisita dal generico sistema, mentre, il decreto interministeriale 26 giugno 2015 (Adeguamento linee guida nazionali per la certificazione energetica degli edifici Allegato 1 (articoli 3 e 4) criteri generali e requisiti delle prestazioni energetiche degli edifici) definisce la prestazione energetica degli edifici come *"determinata sulla base della quantità di energia necessaria annualmente per soddisfare le esigenze legate a un uso standard dell'edificio e corrisponde al fabbisogno energetico annuale globale in energia primaria per il riscaldamento, il raffrescamento, per la ventilazione, per la produzione di acqua calda sanitaria e, nel settore non residenziale, per l'illuminazione, gli impianti ascensori e scale mobili"*.

L'uso standard richiamato in tale definizione è utile ai fini della certificazione energetica ma non può essere adoperato in modo esclusivo nei contratti EPC. Infatti già la direttiva 2002/91/CE sul rendimento energetico di un edificio imponeva come parametro principale la quantità di energia effettivamente consumata e definiva il "rendimento energetico" come *"la quantità di energia effettivamente consumata o che si prevede possa essere necessaria per soddisfare i vari bisogni connessi ad un uso standard dell'edificio, compresi, tra gli altri, il riscaldamento, il riscaldamento dell'acqua, il raffreddamento, la ventilazione e l'illuminazione. Tale quantità viene espressa da uno o più descrittori calcolati tenendo conto della coibentazione, delle caratteristiche tecniche e di installazione, della progettazione e della posizione in relazione agli aspetti climatici, dell'esposizione al sole e dell'influenza delle strutture adiacenti, dell'esistenza di sistemi di generazione propria di energia e degli altri fattori, compreso il clima degli ambienti interni, che influenzano il fabbisogno energetico"*.

Nel caso del contratto di prestazione energetica la prestazione deve essere prioritariamente calcolata sulla base dei consumi effettivi. Quindi, 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.

Un esempio di contratto di rendimento puro è dunque quello relativo all'efficientamento degli impianti di illuminazione pubblica, dove l'efficientamento energetico è legato esclusivamente ad un'unica fonte energetica/impianto (nel caso di specie l'energia elettrica, al netto delle fluttuazioni dei prezzi dell'energia) e a condizioni d'uso costanti, per non dire certe e con un profilo di utilizzo costante. Dunque

³ Rendimento: misura dell'efficienza di una macchina, di un processo, ecc., ottenuta paragonando il risultato utile con quanto si è speso per ottenerlo; è sempre una quantità adimensionata, in quanto rapporto (spesso espresso in percentuale) di due grandezze omogenee; così, in un processo di trasformazione di energia è il rapporto, sempre inferiore all'unità, tra l'energia trasformata e l'energia spesa. (Treccani -Dizionario delle Scienze Fisiche - 1996)

se nel caso dell'illuminazione pubblica il risparmio può essere definito con certezza, nel caso degli impianti di un "sistema edificio" tale certezza viene meno sia perché non vi è una unica fonte di approvvigionamento energetico (coesistendo almeno energia termica ed elettrica) sia perché ogni edificio è caratterizzato dalla compresenza e dall'utilizzo di diversi materiali (legno, vetro, cemento, ecc..) e ancora perché è influenzato da variabili non definibili con certezza a priori quali l'uso del bene, le modificazioni della destinazione d'uso, le condizioni climatiche contingenti e, non da ultimo, il comportamento degli utilizzatori difficilmente governabile.

Dunque, quando ipotizziamo un contratto EPC per un edificio è opportuno tenere presente che, anche se il contratto sia stipulato esclusivamente per l'efficientamento di un impianto, la performance di questo influenza sensibilmente la performance dell'edificio. Per questa ragione si ritiene più appropriato fare riferimento a tali contratti quali contratti di prestazione e non di rendimento energetico.

Infine, è opportuno rammentare che anche la definizione di "contratto ...energetico" richiede una valutazione attenta, infatti sono numerose le tipologie contrattuali per le quali è possibile utilizzare la definizione di "energetici" in quanto producono risparmio energetico (ad esempio: l'acquisto il montaggio e la manutenzione della impianto di climatizzazione ad alto rendimento, l'acquisto il montaggio e la manutenzione degli elettrodomestici di classe A, sempre se entrambi affidati ad un unico soggetto e non collegati alla performance dell'edificio). Tuttavia è evidente che pur essendo possibile definire tali contratti genericamente quali "contratti energetici" essi non possono rientrare nella categoria degli EPC posto che il risparmio prodotto dall'efficientamento, dovuto alla sostituzione del vecchio impianto di climatizzazione o del vecchio elettrodomestico, non è oggetto contrattuale ma una conseguenza dell'efficientamento e la sua mancanza non inficia l'esatto adempimento del contratto.

1.2. Le principali tipologie di EPC

Le tipologie di contratti EPC sono molteplici e si differenziano sulla base della ripartizione dei rischi, della copertura finanziaria e delle modalità della remunerazione delle ESCO. Il legislatore dà la più ampia autonomia negoziale alle parti, lasciando alla libera contrattazione la scelta delle clausole richiamate che differenziano i vari tipi di EPC, pertanto è difficile fornire un elenco completo dei tipi di EPC che nella pratica si possono stipulare.

I più frequenti sono:

- 1) Il **First out**: Il risparmio energetico conseguito viene interamente utilizzato per ripagare il finanziamento dell'intervento e remunerare l'attività della ESCO che fornisce il capitale anche ricorrendo a finanziatori terzi e fino alla scadenza detiene la proprietà degli impianti. Alla scadenza contrattuale il risparmio e la proprietà degli impianti e delle opere eseguite passa interamente a favore del cliente. Con questo approccio la ESCO incamera il 100% dei risparmi realmente ottenuti fino alla scadenza contrattuale.
- 2) Il **First in**: all'utente viene garantita una determinata riduzione delle spesa energetica storica sostenuta negli anni precedenti all'intervento (esempio uno sconto sull'importo dell'ultima

fattura). Il risparmio economico conseguito viene introitato dalla ESCO per tutta la durata del contratto, la ESCO sarà proprietaria e responsabile degli impianti di cui manterrà la gestione fino alla conclusione del contratto. Al beneficiario si riconosce: un costo fisso sulla futura spesa energetica; la rateizzazione in importi fissi mensili con eventuale conguaglio annuale; la riduzione dei costi amministrativi; il conseguimento di un risparmio energetico minimo garantito.

- 3) Lo **Shared Savings** (risparmio condiviso): la ESCO fornisce il capitale e fino alla scadenza detiene la proprietà degli impianti; i proventi del risparmio sono suddivisi tra le parti. Alla scadenza contrattuale la proprietà degli impianti si trasferisce al cliente. L'investimento viene rimborsato sulla base di un accordo e la quota di risparmio pro capite determinato dallo studio di fattibilità.
- 4) Il **Guaranteed Savings** (risparmio garantito): il soggetto finanziatore è un soggetto terzo. Il cliente sottoscrive il prestito, la ESCO normalmente assume il ruolo di reperire ed organizzare il finanziamento, oltre a garantire un certo livello di rendimento in base al quale riceve il compenso. La ESCO si impegna essenzialmente a garantire che i risparmi non siano inferiori ad un minimo concordato, stabilito sulla base dell'analisi di fattibilità. La garanzia del risparmio consiste in un indennizzo riconosciuto al cliente in caso di consumi minori rispetto a quelli garantiti; e nel trasferimento al cliente dei risparmi superiori a quelli attesi.
- 5) il **Four Step**: consiste nel finanziare gli interventi in 4 fasi. Nella prima si ottimizza la conduzione e manutenzione ordinaria; nella seconda con i risparmi ottenuti si finanziano interventi di efficientamento semplici e a basso costo; nella terza i risparmi generati finanziano gli interventi di taglia media; nella quarta i risparmi derivanti dalle tre fasi precedenti forniscono le risorse per gli interventi strutturali.
- 6) lo **Chauffage** (riscaldamento): il cliente affida la gestione dei propri impianti alla ESCO che provvede al pagamento delle bollette energetiche e delle fatture dei combustibili per tutta la durata del contratto, dietro il corrispettivo di un canone pari alla spesa energetica che il cliente affrontava prima dell'entrata in vigore del contratto, meno uno sconto pattuito.
- 7) il **Contratto Servizio Energia "Plus"**: alla fornitura del vettore energetico (contratto servizio energia) si affianca l'obbligo di ridurre l'indice di energia primaria per la climatizzazione di almeno il 10 per cento rispetto al corrispondente indice riportato sull'attestato di prestazione energetica (APE), attraverso la realizzazione degli interventi strutturali di riqualificazione energetica degli impianti o dell'involucro edilizio, interventi comprensivi dell'installazione di sistemi di termoregolazione ovvero di dispositivi per la regolazione automatica della temperatura ambiente nei singoli locali. Tale contratto può inoltre prevedere che i risparmi energetici ottenuti siano destinati al miglioramento del processo di trasformazione e di utilizzo dell'energia, alla riqualificazione energetica dell'involucro edilizio e alla produzione di energia da fonti rinnovabili. Non tutta la dottrina ritiene che tale contratto sia un EPC in quanto reputa l'obbligazione di miglioramento energetico come un'obbligazione aggiuntiva e secondaria

rispetto all'obbligazione principale che è la fornitura dei vettori energetici e la manutenzione degli impianti.⁴

1.3 Soggetti del contratto

In un contratto EPC di norma si instaurano rapporti contrattuali bilaterali:

- Il fornitore (preferibilmente una ESCO) che anticipa i costi degli interventi di efficientamento o assume l'onere diretto del reperimento degli stessi;
- Il beneficiario (cliente) che corrisponde un canone e che può essere individuato nell'Amministrazione Pubblica o in un soggetto privato.

Entrambi i soggetti sono parti essenziali del contratto di EPC.

In alcuni casi i contratti EPC contemplano la presenza di un terzo soggetto contrattuale che si affianca al fornitore nella relazione con il beneficiario:

- il soggetto finanziatore dell'investimento, diverso dal fornitore, che assume su di sé i rischi connessi all'investimento iniziale. La partecipazione all'EPC del soggetto finanziatore è eventuale, ma diventa essenziale nel momento dell'adesione al contratto.

1.3.1 Il fornitore

Le ESCO sono i fornitori più qualificati per l'adempimento delle obbligazioni nascenti da un contratto EPC. Ai nostri fini occorre definire chi sono e cosa fanno le ESCO.

Le ESCO, acronimo di "Energy Service Company", sono Società di Servizi Energetici che il decreto legislativo 115/2008 inquadra come *"la persona fisica o giuridica che fornisce servizi energetici ovvero altre misure di miglioramento dell'efficienza energetica nelle installazioni o nei locali dell'utente (...)".*

Infatti, "le ESCO si caratterizzano quali 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 all'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. La definizione del contratto, di conseguenza, può dirsi coincidente con la definizione della stessa attività caratteristica delle ESCO".⁵

Generalmente le ESCO sono persone giuridiche. Con riferimento alla natura giuridica, si può affermare che non esiste vincolo di forma per le ESCO: chi voglia costituire una ESCO è tenuto all'osservanza delle disposizioni del Codice Civile in materia di società. Ciò che le caratterizza è soltanto l'oggetto sociale (fornire servizi energetici ovvero altre misure di miglioramento dell'efficienza energetica).

⁴ Le tipologie di EPC sono tratte da ^{Pierluigi} Piselli, Silvano Mazzantini, Annalisa Stirpe
http://www.treccani.it/diritto/approfondimenti/diritto_amministrativo/1_Piselli_rendimento_energetico.html

⁵ http://www.treccani.it/diritto/approfondimenti/diritto_amministrativo/1_Piselli_rendimento_energetico.html
di Pierluigi Piselli, Silvano Mazzantini, Annalisa Stirpe

“Solitamente esse si costituiscono come imprese in forma associata assimilabili alle società di capitali con scopo lucrativo, ma non hanno un esatto corrispondente nel nostro ordinamento, in quanto il loro modello non è tipizzato. Anzi, si dirà di più: fino al recepimento della direttiva 2006/32/CE con il D.Lgs 115/08, mancava una vera e propria definizione di ESCO nel nostro ordinamento. L’unico riferimento normativo, peraltro indiretto, era contenuto nel decreto del 24 aprile 2001 del Ministero del Commercio e dell’Artigianato, in cui si individuavano soltanto i soggetti idonei ad effettuare interventi di risparmio energetico.

In realtà, la fornitura di servizi energetici e il miglioramento della performance degli impianti/edifici sono solo una parte dell’attività svolta dalle ESCO. Questi soggetti svolgono anche la diagnosi energetica preliminare per accertare la fattibilità e prevedere l’esito di un possibile intervento, il controllo sugli impianti per verificarne la rispondenza alla normativa vigente, la manutenzione e il monitoraggio a posteriori degli stessi. In sostanza, la loro azione non si limita alla mera opera di efficientamento e alla successiva fornitura dei vettori energetici, ma anche al controllo antecedente, durante e post intervento, così da verificare che gli obiettivi stabiliti nella fase precontrattuale siano stati raggiunti⁶.

È proprio il risultato conseguito ad essere il punto di maggior interesse per la ESCO, poiché da esso deriva sia il suo rischio finanziario, sia il suo profitto finale. Infatti, la società che sottoscrive il contratto di rendimento energetico assume su di sé l’onere di finanziare interamente gli interventi necessari, senza ricevere un pagamento puntuale alla fine dell’opera. Il rientro dell’investimento iniziale e il guadagno della ESCO sono garantiti da una percentuale sul risparmio conseguito, un beneficio annuo sulla bolletta energetica dell’impianto/edificio stabilita in sede contrattuale. Ora appare evidente in cosa consiste il suddetto rischio: nel sobbarcarsi anticipatamente le spese, la ESCO potrebbe non rientrare tempestivamente o affatto dell’investimento iniziale o non realizzare un margine di guadagno adeguato qualora il progetto risulti tardivo o non effettuato a regola d’arte. E ciò rende queste società un partner particolarmente affidabile.

Mentre in Europa il modello delle ESCO è ampiamente diffuso e praticato (...), altrettanto non lo è in Italia. Noi riteniamo che ciò avvenga segnatamente in riferimento a due criticità strettamente interconnesse: mancanza di informazione e incertezza normativa.”⁷.

1.3.2 Il beneficiario

Nei contratti EPC il “beneficiario”, che sia esso un soggetto privato o una Pubblica Amministrazione, si contrappone alla ESCO “fornitore”, ed entrambi sono i protagonisti necessari del negozio giuridico.

Soggetti privati sono le persone fisiche a cui l’ordinamento riconosce la capacità di agire (art. 2 cod. civ.), o le persone giuridiche private ossia associazioni, fondazioni o società individuate all’art. 12 Codice Civile.

⁶ Mentre nel settore privato un’unica ESCO può seguire tutto l’iter contrattuale dalla diagnosi energetica preliminare fino alla scadenza contrattuale, nel settore pubblico di norma la fase progettuale, diagnosi energetica compresa, e la fase realizzativa devono essere affidate a soggetti distinti.

⁷ M.G. Landi, F. Furiani, M.C. Novelli “Aspetti normativi del contratto EPC e dei suoi elementi di garanzia per la Pubblica Amministrazione” in Ricerca sistema elettrico 2013

Più complesso è invece stabilire quando ci troviamo di fronte a una Pubblica Amministrazione. Il problema dell'individuazione di un soggetto pubblico si pone con particolare frequenza nella prassi per il gran numero di norme positive che fanno espressamente riferimento a “enti pubblici”, a “enti ed organismi pubblici”, et similia.

Il Sistema Europeo dei Conti (Sec '95 – Regolamento CR n. 2223/96 – paragrafi 2.68 e 2.69) stabilisce i criteri per determinare l'appartenenza o meno al comparto delle Amministrazioni pubbliche di una unità istituzionale. La ratio del legislatore comunitario risponde all'esigenza di evitare che uno Stato, eludendo le norme sulla concorrenza, mascheri un soggetto pubblico come privato, imprimendogli il proprio indirizzo politico.

Pertanto non è il regime giuridico (pubblico o privato) che regola una Unità istituzionale a individuare se essa sia o meno collocabile nel settore delle Amministrazioni Pubbliche, ma la presenza dei seguenti criteri:

- è di proprietà o amministrata o controllata da Amministrazioni pubbliche;
- non deve vendere sul mercato o, in caso contrario, deve vendere a prezzi non economicamente rilevanti (cioè i ricavi non devono eccedere il 50% dei costi di produzione dei servizi). Nel caso in cui i ricavi fossero superiori al 50% dei costi di produzione si sarebbe in presenza di enti “market” (di mercato) e non di Amministrazioni Pubbliche.

La legge 196/2009 di riforma della contabilità pubblica ha assegnato all'ISTAT il compito di individuare le Pubbliche Amministrazioni e di aggiornarne l'elenco.⁸

L'ultimo elenco è stato pubblicato in G.U. n. 229 del 30.9.2016.

Comprendere se la controparte del Fornitore è un soggetto pubblico o privato è essenziale per l'esatta individuazione delle norme da applicare nel momento della formazione del consenso per la stipula del contratto EPC, per la produzione e per la cessazione degli effetti giuridici.

1.3.3 Il soggetto finanziatore se diverso dal fornitore

Abbiamo accennato che il contratto EPC oltre a far insorgere un rapporto giuridico bilaterale tra fornitore e beneficiario, può dar luogo anche a un rapporto giuridico trilaterale. È il caso dell'intervento in qualità di parte di un soggetto finanziatore diverso dal fornitore.

In linea di massima ciò avviene quando si utilizza il meccanismo del Finanziamento Tramite Terzi (FTT) definito dal legislatore all'art. 2, lett. m) del già citato D.Lgs 115/2008 come : *“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”*.

⁸ <http://www.rgs.mef.gov.it/VERSIONE-I/e-GOVERNME1/SIOPE/Documentaz/Allegati-R/> MEF Ragioneria Generale dello Stato

Quando il soggetto terzo finanziatore è un istituto di credito e non una ESCO che assume su di sé i rischi connessi all'investimento iniziale, ottenendo in cambio una quota sul risparmio energetico conseguito, il rapporto diventa trilaterale.

Generalmente gli istituti di credito preferiscono finanziare le ESCO con gli strumenti classici di erogazione del credito (prestiti, mutui, ecc.) pertanto allo stato è molto difficile incontrare degli EPC trilaterali.

In questa sede, poiché rientra in una materia squisitamente economica, preferiamo non entrare in un'analisi specifica del finanziamento tramite terzi, anche se riteniamo tale strumento di ingegneria finanziaria, appositamente elaborato per gli EPC, molto valido ma molto sottoutilizzato⁹.

Le ragioni del sottoutilizzo del FTT sono sostanzialmente da ricercare in due criticità:

- La prima è la grande incertezza normativa avvertita dal sistema bancario. Infatti esso assume il ruolo essenziale di fornire liquidità alle ESCO, che il più delle volte non dispongono nell'immediato delle risorse necessarie ad anticipare le spese dell'intervento. Dunque, senza lo strumento del finanziamento tramite terzi, la diffusione dei più efficienti ritrovati del risparmio energetico resta amaramente compromessa.
- La seconda è che generalmente gli istituti di credito non posseggono le competenze tecniche nel settore dell'efficienza energetica, in grado di valutare la portata e i rischi dell'investimento.

“Tuttavia la prima criticità appare perlopiù generata dalla seconda. L'assenza di informazioni riguardo i più innovativi mezzi per conseguire il risparmio energetico ha alla propria base un'ampia incertezza della normativa di settore che, nell'ambito di EPC, ESCO e metodi di finanziamento, risulta quanto mai dispersiva e di difficile ricostruzione. Di conseguenza, la Pubblica Amministrazione e i privati desistono di fronte a una ricerca di tali proporzioni, nonostante i benefici che l'ottimizzazione della *performance* energetica potrebbe portare. E, qualora invece riescano a districarsi tra decreti legislativi, direttive, leggi, linee guida varate da Autorità indipendenti¹⁰ e svariati altri atti in cui è frammentata la materia, sarà la ESCO a incontrare difficoltà nell'ottenere un finanziamento dagli istituti bancari, posti di fronte alle stesse problematiche elencate sopra. Sarebbe pertanto auspicabile che, per garantire una maggiore accessibilità, tutta la disciplina venisse racchiusa in un Testo Unico”.¹¹

1.4. I profili giuridici del contratto EPC

Come abbiamo già avuto modo di chiarire il contratto di prestazione energetica è, di fatto, un contratto che permette, a fronte del pagamento del servizio di prestazione energetica, così come definito nel successivo paragrafo 1.6, nonché dell'eventuale-fornitura di una o diverse tipologie energetiche, di effettuare adeguamenti/sostituzione degli impianti che consentano di conseguire nel tempo una migliore

⁹ C. COSCARELLA, *Aspetti economico-finanziari dell'EPC*, in *Il contratto di rendimento energetico. Energy performance contract*, a cura di P. PISELLI, Torino, 2011, pp. 169 ss., e al rapporto tecnico FIRE, *Società di servizi energetici e finanziamento tramite terzi*, www.fire-italia.it, 2012

¹⁰ Segnatamente dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas.

¹¹ FELICE FURIANI “I contratti di rendimento energetico (EPC) per la Pubblica Amministrazione” Tesi di laurea Università Luiss Guido Carli Dipartimento Scienze Politiche 2012/2013

prestazione energetica e dunque un successivo risparmio; risparmio che, nel tempo della durata contrattuale, sarà utilizzato dal fornitore (ESCO) per remunerare gli investimenti effettuati.

Nel caso specifico di un contratto EPC che contempla la fornitura dei vettori energetici, occorre notare che il rischio del fornitore è limitato nel tempo e nella dimensione in quanto la garanzia di ricevere il pagamento della fornitura energetica - fissata al valore del consumo iniziale e quindi ad un valore che non contempla il risparmio nel tempo generato dagli investimenti di efficientamento energetico - consente al fornitore (ESCO) di godere di una ragionevole certezza di poter rientrare del proprio iniziale investimento.

Di fatto è dunque il committente a pagare, attraverso il canone, tali miglioramenti energetici effettuati mentre il rischio del fornitore è limitato esclusivamente al caso in cui gli eventuali investimenti in efficientamento energetico non generino i risparmi attesi.

Questa breve ed informale definizione consente tuttavia di comprendere appieno le complesse caratteristiche di un EPC che:

- prevede la presenza di diversi attori i cui obiettivi sono eterogenei e le cui informazioni sono frequentemente asimmetriche;
- ha caratteristiche peculiari che lo rendono difficilmente tipizzabile;
- contiene un elemento aleatorio (il risparmio) che deve trovare idonea trattazione all'interno dello strumento contrattuale.

Le caratteristiche appena enucleate divengono poi più significative se si intende utilizzare tale contratto in un contesto pubblicistico laddove esso deve trovare una esplicita coerenza anche con le norme del Codice dei Contratti Pubblici D.Lgs 50/2016 e s.m.i.

Per tali ragioni si intende, con la trattazione che segue, offrire una disamina che prende in considerazione i diversi elementi per indicare, infine, un corretto ed opportuno inquadramento della fattispecie.

1.4.1 Il Contratto di EPC alla prova del codice civile

Malgrado possa considerarsi l'EPC quale *species* del *genus* del contratto di "global service" (così come inteso dalla norma UNI 10146/2007 come un particolare contratto di servizio "finalizzato a riportare il prodotto o bene d'uso da uno stato di inefficienza o indefinito ad uno stato di efficienza definito"), occorre però precisare che il riportare ad efficienza un bene non è di per se elemento sufficiente per la qualificazione di un contratto come EPC.

Infatti, con il contratto EPC, un beneficiario pubblico o privato concorda contrattualmente con un fornitore, di norma una ESCO, un obiettivo di risparmio che un dato sistema energetico deve raggiungere; il fornitore si impegna a finanziare gli investimenti in vista dell'efficientamento dell'edificio e in cambio riceve dal beneficiario un canone che comprende la remunerazione dell'investimento iniziale.

In altre parole, è possibile richiamare un contratto di EPC solo se i risparmi prodotti dagli interventi di efficientamento sono garantiti e con essi si ripaga l'investimento in un tempo definito.

Si tratta dunque di un contratto a prestazioni corrispettive in base al quale a fronte del pagamento del canone e del rispetto di talune norme di comportamento volte a non determinare una distorsione della

valutazione della performance da parte del committente, il fornitore dovrà fornire quanto richiesto e, dunque, impegnarsi in una un'obbligazione di risultato.

In buona sostanza, con l'EPC il fornitore offre al cliente la vendita di una “garanzia di risparmio energetico”¹².

Il sinallagma contrattuale che ne deriva si sostanzia nella natura giuridica di un *do ut facias*: l'erogazione di un servizio di prestazione energetica verso un corrispettivo in denaro (canone), le cui prestazioni non sono istantanee ma necessitano di un congruo tempo per la produzione degli effetti. Siamo quindi di fronte a un contratto di durata caratterizzato dall'onerosità e corrispettività delle prestazioni.

L'elemento della onerosità è cruciale: infatti, seppure l'impegno finanziario è inizialmente a totale carico del fornitore (più frequentemente della ESCO) e dunque sul beneficiario vi è l'assenza di un onere finanziario, la cessione del risparmio energetico futuro – qualificabile come corrispettivo contrattuale – determina la possibilità per il fornitore di rientrare (rectius: di remunerare) l'investimento effettuato e l'eventuale onere finanziario sostenuto.

Come si è già detto, il Contratto di Prestazione Energetica (rif. punto n. art. 2 D.lgs 102/2014) non trova una collocazione specifica nella sezione del codice civile dedicata ai singoli contratti (libro quarto codice civile, titolo III), ma è comunque sottoposto alla disciplina del contratto in generale, contenuta nel Titolo II (art. 1321 che recita “*il contratto è fonte di legge tra le parti*”, art. 1322 che sancisce l'autonomia negoziale).

Tuttavia, pur se il riferimento alle disposizioni del titolo II del Codice Civile è d'obbligo, 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. Si tratta di una forma contrattuale che rappresenta un modello autonomo, contraddistinto da un insieme di attività (lavori servizi e eventuale fornitura di vettori energetici) non separabili in quanto tutte strumentali al raggiungimento dell'efficienza energetica di un dato sistema.

L'architettura giuridica varia quindi a seconda delle attività strumentali ricomprese nello specifico EPC; anche per questa ragione non è molto agevole individuare le regole da applicare ai contratti EPC. Esse sono ricavabili, oltre che dal libro IV del Codice Civile (delle obbligazioni), e in particolare dal suo Titolo II (dei contratti in generale), anche da un'interpretazione estensiva o analogica di singole norme appartenenti ad altri contratti tipici, che possono variare a seconda del tipo di EPC che si esamina.

Pur risultando scarsi gli interventi dottrinari sul tema, si è sostenuto 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.”¹³

¹² V. CHIESA, *L'efficienza energetica passa anche dalle ESCO*, www.ilsole24ore.com, 3 aprile 2012

¹³ http://www.treccani.it/diritto/approfondimenti/diritto_amministrativo/1_Piselli_rendimento_energetico.html
di Pierluigi Piselli, Silvano Mazzantini, Annalisa Stirpe

Tale impostazione, che può trovare ragion d'essere nel caso in cui si faccia riferimento alla regolamentazione di un rapporto contrattuale tra privati, non pare risolutiva nel caso in cui il contratto EPC sia utilizzato dalle pubbliche amministrazioni. In questo secondo caso

l'atipicità dell'EPC si è tradotta, come l'evidenza empirica ha dimostrato, in una ridotta applicazione di tale strumento contrattuale, dovuta alla difficoltà da parte degli operatori pubblici di far convivere tale atipicità ed autonomia con il rispetto dei principi di "buon andamento" e di "imparzialità" (art. 97 Cost) che connotano l'azione amministrativa ma riducono sensibilmente l'autonomia negoziale (a mero titolo indicativo si faccia riferimento alle norme che disciplinano la scelta del contraente, quelle relative ai vincoli di bilancio ecc.).

1.5 Gli elementi minimi (cenni)

L'allegato 8 del D.Lgs 102/2014 individua nei seguenti elementi i requisiti minimi che caratterizzano il contratto EPC:

- 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 di 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 esempio, 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 chiariscono la procedura per gestire modifiche delle condizioni quadro che incidono sul contenuto e i risultati del contratto (a titolo esemplificativo: 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.*

Rinvenire nel contratto e/o nel relativo capitolato d'appalto gli elementi minimi sopra elencati risulta, a maggior ragione nel caso di contratti sottoscritti nel settore pubblico, una condizione indispensabile per la qualificazione del contratto come Energy Performance Contract.

Senza entrare nel merito della elencazione tassativa sopra riportata, è opportuno sottolineare che l'analisi di tali elementi permette di sostenere che l'EPC non è un contratto "generico", ovvero un contratto (quasi fosse un accordo quadro) che prevede condizioni generali che possono essere modificate durante la vigenza contrattuale subendo così continue evoluzioni. Bensì un contratto sottoposto a precise condizioni che non possono essere nemmeno parzialmente escluse e per il quale, al contrario, permane l'obbligo di motivare e documentare gli eventuali cambiamenti effettuati nel corso della durata contrattuale.

E' quindi opportuno verificare quali conseguenze può produrre la mancanza di uno o più elementi previsti dall'All.8.

In alcuni casi essa conduce alla nullità del contratto per indeterminabilità dell'oggetto. È quel che accade quando mancano elementi essenziali quali: l'indicazione della quota di partecipazione delle due parti ai risparmi pecuniari realizzati, la durata del contratto, l'elenco chiaro e trasparente delle misure di efficienza da applicare o dei risultati da conseguire in termini di efficienza. In altri casi, invece, il contratto resta valido, ma non lo si potrà qualificare come EPC e, quindi, sarà escluso l'accesso ai relativi finanziamenti. È quel che accade se non siano inserite le date di riferimento per la determinazione dei risparmi realizzati o se non si elenchino le fasi di attuazione di una misura o di un pacchetto di misure e, ove pertinente, dei rispettivi costi o, ancora, se non siano indicate le disposizioni per la quantificazione e la verifica dei risparmi garantiti conseguiti¹⁴.

Tuttavia, anche l'individuazione degli elementi minimi non risolve il problema della corretta identificazione della procedura da applicare in sede di contrattazione, soprattutto se la controparte è la Pubblica Amministrazione.

Infatti, se è vero che per definire un contratto quale EPC lo stesso deve contenere tutti gli elementi indicati nell'allegato 8 del D.Lgs 102/2014, questi non sono di per sé sufficienti a fornire agli operatori pubblici e privati uno strumento di agevole utilizzo che consenta nel tempo la rapida diffusione del contratto in Italia.

Resta dunque ferma la necessità di esplicitare in un disposto normativo specifico gli adempimenti e le procedure necessarie all'effettivo inserimento degli elementi minimi nell'articolato contrattuale, in particolar modo quando si tratti di un EPC del settore pubblico.

Il silenzio del legislatore, che non ha dato la necessaria certezza di comportamento agli operatori, ha fatto sì, in particolar modo nel settore pubblico, che si assista al diffondersi di pratiche estemporanee connesse più all'interpretazione autonoma dei singoli operatori economici che non alla presenza di un vero e proprio dettato normativo. Vulgate trasmesse per tradizione orale sulle modalità di attuazione degli EPC che, prive di fondamenti teorici e supporti normativi, si confrontano sul territorio più sulla base della loro diffusione che non sulla correttezza degli assunti fondamentali. Così determinando un panorama complesso, incerto e in alcuni casi anche confuso che disincentiva la diffusione dell'istituto, il quale avrebbe invece l'indubbio merito di generare un miglioramento delle prestazioni energetiche degli edifici pubblici da tempo bisognosi di una sostanziale riqualificazione.

¹⁴ "Il contratto di rendimento energetico e i suoi «elementi minimi»" di Marisaria Maugeri in La nuova giurisprudenza civile commentata settembre 2014 CEDAM

Per questa ragione risulta quanto mai necessario un provvedimento legislativo che porti rapidamente ad una loro tipizzazione e ad un chiarimento sulle modalità di affidamento nel caso si tratti di EPC nel settore pubblico.

1.6. Oggetto

Per classificare l'oggetto contrattuale occorre partire dalla definizione normativa di EPC data dal D.Lgs 102/2014. In essa si evince che le parti pattuiscono contrattualmente una misura di miglioramento dell'efficienza energetica di un dato sistema verso un corrispettivo; il corrispettivo (canone), che il beneficiario si impegna a pagare, remunera altresì gli investimenti che il fornitore anticipa in vista del conseguimento della quota di risparmio energetico concordata.

La terminologia normativa indica come "fornitore", ossia colui che eroga un servizio, il soggetto che assume l'obbligazione di risultato consistente nel miglioramento dell'efficienza energetica.

Il concetto di servizio evoca la categoria generale dei contratti di servizio. Il servizio viene generalmente considerato come un'attività economica caratterizzata da un particolare elemento funzionale: il soddisfacimento diretto di bisogni di interesse generale.

Nel caso di specie il servizio di efficientamento energetico soddisfa bisogni di interesse generale, potendone beneficiare una generalità di cittadini. Infatti l'uso corretto dell'energia, porta essenzialmente ad una contrazione dei consumi energetici a livello globale, al risparmio delle scarse risorse energetiche di fonte fossile, alla riduzione dell'inquinamento e "dell'effetto serra".

Da quanto detto sinora si può affermare che il contratto di prestazione energetica (EPC) rientra nella categoria più ampia dei Contratti di Servizio ed il contratto EPC ha come oggetto il Servizio Energetico.

Il D.Lgs 102/2014 (art. 2 lett. mm) definisce il Servizio Energetico come *"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"*.

Tale definizione è calzante per gli EPC che incidono sugli impianti, ma problematica per gli EPC che incidono sugli edifici.

Infatti, quando l'EPC è confezionato per "efficientare" un edificio nulla dice sui lavori che coinvolgono l'involucro, a meno che gli stessi, con un'interpretazione molto estensiva, non si facciano ricadere nella categoria delle "operazioni".

Meglio sarebbe per il servizio energetico che riguarda gli edifici adottare una definizione più puntuale tipo quella proposta da ENEA e contenuta nelle "Linee guida per i contratti di prestazione energetica degli edifici", redatte ai sensi dell'art. 14 del D.Lgs 102/2014, che presto saranno poste in fase di consultazione pubblica.

In esse il Servizio Energetico per edifici viene denominato Servizio di Prestazione Energetica declinato come: *"la prestazione materiale, l'utilità o il vantaggio derivante dall'uso dell'energia abbinato a tecnologie, consistente nella fornitura e posa in opera di prodotti, componenti e sistemi per l'edificio"*

inclusivi delle azioni di gestione, manutenzione e controllo, il tutto finalizzato al miglioramento dell'efficienza energetica dell'edificio stesso e a 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”.

Nella definizione su esposta l'esplicito riferimento all'esecuzione di lavori o opere, non incide sulla natura di contratto di servizio dell'EPC perché, oltre alle considerazioni già esposte, il miglioramento della prestazione energetica per il quale è necessario l'esecuzione di opere è strettamente collegato al servizio energetico e risulta parte inscindibile del Servizio di Prestazione Energetica.

Per inciso l'EPC così inteso non rientra nel patto di stabilità perché i servizi a differenza della realizzazione delle opere incidono sulla spesa corrente e non sulla spesa per investimenti, quindi non concorrono all'aumento del debito pubblico.

In altre parole possiamo dire che l'oggetto contrattuale consiste nella riqualificazione energetica degli edifici individuati e nella gestione, conduzione e manutenzione degli edifici, nonché nella eventuale fornitura dei vettori energetici, il tutto finalizzato al conseguimento di un risparmio energetico minimo garantito, da calcolarsi in kWh, che non sacrifichi, anzi migliori i parametri micro climatici all'interno dell'edificio, il comfort e la qualità dell'aria indoor.

2. EPC pubblici: la difficile convivenza con il D.Lgs 50/2016 e s.m.i.

Come già brevemente anticipato, i contratti EPC assumono connotazioni di particolare complessità qualora siano utilizzati dalle Amministrazioni Pubbliche.

L'argomento è di particolare rilevanza anche dal punto di vista economico qualora si tenga a mente che, se l'utilizzo degli EPC per affrontare la riqualificazione energetica degli edifici pubblici trovasse ampia diffusione, si tratterebbe indubbiamente di un volano economico non soltanto per tutta la filiera di imprese coinvolte nelle attività ma anche, stante l'ampiezza del patrimonio immobiliare pubblico, di un indubbio valore complessivo di risparmio energetico sul territorio nazionale.

Questi importanti obiettivi positivi che l'EPC potrebbe consentire di raggiungere anche grazie all'iniziale impegno finanziario dei fornitori, allo stato non sono stati ancora raggiunti a causa della complessità normativa dell'EPC e della scarsa chiarezza delle modalità di affidamento di tali contratti che impediscono agli operatori pubblici di muoversi in un contesto normativo di chiarezza.

Nel presente lavoro si è già avuto modo di osservare che gli scarsi approfondimenti sulla materia hanno un taglio fortemente operativo e destinato ad un target di operatori prettamente privati.

Coerente con questa impostazione è l'assunzione di chi ritiene che l'EPC non possa qualificarsi come contratto misto o complesso¹⁵. A prescindere dalla qualificazione del contratto sotto il profilo privatistico,

¹⁵ “L'EPC non può qualificarsi come un contratto misto o complesso. L'EPC, infatti, non combina contratti tipici, o elementi di essi, pur presentando alcuni aspetti comuni ad alcuni contratti, con particolare riferimento ad alcuni meccanismi tipici del contratto di appalto. Tali aspetti in verità, più che caratterizzare il tipo, esprimono però questioni pratiche che, al di là del modello impiegato, si manifestano nella realizzazione di operazioni di un certo tipo, e comunque non sono idonee a canalizzare il tipo contrattuale in una figura piuttosto che in un'altra” Cfr http://www.treccani.it/diritto/approfondimenti/diritto_amministrativo/1_Piselli_rendimento_energetico.html

alla quale la tesi su indicata si riferisce, occorre affrontare in questa sede la diversa questione se il contratto possa qualificarsi come contratto misto ai sensi della disciplina pubblicistica, ossia ai fini dell'individuazione della procedura di affidamento da utilizzare. Al riguardo l'art. 28 del Codice dei Contratti Pubblici dispone che: *“I contratti, nei settori ordinari o nei settori speciali, o le concessioni, che hanno in ciascun rispettivo ambito, ad oggetto due o più tipi di prestazioni, sono aggiudicati secondo le disposizioni applicabili al tipo di appalto che caratterizza l'oggetto principale del contratto in questione. Nel caso di contratti misti, che consistono in parte in servizi ai sensi della parte II, titolo VI, capo II, e in parte in altri servizi, oppure in contratti misti comprendenti in parte servizi e in parte forniture, l'oggetto principale è determinato in base al valore stimato più elevato tra quelli dei rispettivi servizi o forniture. L'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal presente codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto.”*

L'Energy Performance Contract, come si è già più volte chiarito, è un contratto che prevede il miglioramento dell'efficienza energetica dell'edificio lato involucro e lato impianti e che a fronte di un corretto servizio di gestione e manutenzione di questi e della eventuale fornitura dei vettori energetici, si effettuino quegli investimenti che consentano di raggiungere i risparmi energetici previsti; in questo senso utilizzando le categorie tradizionali del diritto pubblico degli appalti è possibile identificare chiaramente all'interno del contratto EPC la simultanea presenza di diverse prestazioni ascrivibili a servizi, forniture e lavori.

Tuttavia, per definire un contratto quale “misto” è necessaria la presenza di prestazioni ascrivibili ai differenti ambiti, e che tali prestazioni siano tra loro connesse e non possano essere disgiunte, dovendo necessariamente “perseguire un risultato economico unitario e complesso”¹⁶

Nel caso dell'EPC anche questa seconda condizione è rispettata posto che le prestazioni sono tutte finalizzate ad ottenere il medesimo risultato: una migliore prestazione energetica dell'edificio.

Tuttavia, l'inserimento tra i contratti misti dell'EPC crea alcune difficoltà sia nella individuazione del regime giuridico applicabile, sia più in particolare nella identificazione della corretta procedura di gara da seguire in caso di affidamento di un contratto pubblico di EPC per edifici.

Si tratta perciò di chiarire quale sia l'oggetto contrattuale prevalente e se si debba alternativamente seguire la disciplina prevista nel caso di contratti pubblici di lavori, servizi o forniture, consapevoli che un errato inquadramento della disciplina potrebbe esporre le Amministrazioni Pubbliche a censure rilevanti sia da parte della giustizia amministrativa che contabile.

Al fine di identificare correttamente l'oggetto prevalente è indubbio, stante la finalità del contratto, che si debba escludere il ricorso al “valore stimato più elevato” delle prestazioni di cui al comma 1 del succitato articolo, dovendo tenere presente che la finalità del contratto di EPC così come, redatto ai sensi del D.Lgs 102/2014 ed applicato nel sistema italiano, è quella di fornire un sistema globale di gestione energetica

di Pierluigi Piselli, Silvano Mazzantini, Annalisa Stirpe, ancora Cfr. Piselli, P., 2001, *Il Contratto di rendimento energetico – Energy Performance Contract*, Utet.

¹⁶ Cfr. Tar Lombardia, Milano, sez. I, 12 settembre 2011, n. 2204.

degli edifici che ne prevede anche un miglioramento. Di conseguenza, è opportuno fare riferimento al comma 9 del medesimo articolo 28 secondo il quale : *“se le diverse parti di un determinato contratto sono oggettivamente non separabili, il regime giuridico applicabile è determinato in base all’oggetto principale del contratto in questione”*.

In soccorso a tale interpretazione anche la giurisprudenza contabile la quale precisa che “la disciplina da applicare alla fattispecie dei contratti pubblici misti è quella riferita al contratto con causa prevalente. In particolare sul punto la Corte di Giustizia Europea si è pronunciata affermando che “nel caso di contratto misto l’operazione di cui trattasi deve essere esaminata nel suo insieme, in modo unitario, ai fini della sua qualificazione giuridica, e dev’essere valutata sulla base delle regole che disciplinano la parte che costituisce l’oggetto principale, o l’elemento preponderante del contratto” CG, sez, IV, 6 maggio 2010, n. 149. Nello stesso senso CG 5 dicembre 1989, causa c-3/88, Commissione c. Italia; 19 aprile 1994.... Omissis... Identico orientamento si registra in ambito nazionale ove il criterio della prevalenza “secondo le caratteristiche specifiche del contratto” e della valutazione dell’”Accessorietà” della prestazione è riconosciuto sia a livello normativo ..omissis...che giurisprudenziale...”¹⁷.

Nel caso di specie si tratta dunque di identificare all’interno del contratto EPC quale sia la prestazione principale e quali siano accessorie.

Posto che prestazioni previste dal contratto EPC sono solo materialmente separabili, ma non lo sono funzionalmente in quanto concorrono tutte al raggiungimento dell’unico obiettivo che è il Servizio di Prestazione Energetica perché, se prese singolarmente non consentono il raggiungimento della finalità che lo stesso si prefigge, ossia il miglioramento delle prestazioni energetiche e l’ottenimento di risparmi energetici primari verificabili e misurabili, si ritiene che la prevalenza debba essere allocata in capo all’Appalto di Servizi.

A supporto di questa interpretazione della prevalenza anche l’analisi del combinato disposto degli art. 28 comma 9 e 23 comma 15 del D.Lgs 50/2016 e s.m.i.; infatti al comma 15 dell’articolo 23 che il legislatore dedica al livello della progettazione degli appalti di servizi si legge *“Per i servizi di gestione dei patrimoni immobiliari, ivi inclusi quelli di gestione della manutenzione e della sostenibilità energetica, i progetti devono riferirsi anche a quanto previsto dalle pertinenti norme tecniche”*; con ciò chiarendo, seppur implicitamente, che i servizi di gestione dei patrimoni immobiliari volti alla sostenibilità energetica sono da considerarsi a prevalenza servizi e per questa ragione ne seguono le modalità di progettazione.

2.1. EPC concessione o appalto?

Una volta accertato che l’EPC rientra fra gli appalti misti a prevalenza servizi è necessario affrontare, sempre alla luce del Nuovo Codice degli Appalti, quale sia la corretta modalità di affidamento di detto servizio: in particolare è necessario chiarire se debba essere inquadrato quale contratto di “appalto di servizi” o quale contratto di “concessione di servizi”.

¹⁷ Corte dei Conti, sez.reg. controllo per il Lazio, deliberazione 20 ottobre 2014, n. 174/2014/SUCC.

E' infatti attualmente in corso un importante dibattito, i cui impatti operativi sono particolarmente significativi, sulla corretta qualificazione degli Energy Performance Contract. In particolare, data per acquisita la nozione di cui al D.Lgs 102/2014 e s.m.i. *“Accordi contrattuali tra il beneficiario 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”* di stretta derivazione europea, il dibattito attualmente verte sulla appartenenza degli EPC al variegato ambito dei contratti di Public Private Partnership o, al contrario, all'ambito, più tradizionale dei contratti pubblici a seguito di gara d'appalto.

La questione è determinata dalla caratteristica “spuria” dei contratti EPC che se da una parte prevedono non solo un servizio, ma anche l'eventuale fornitura energetica e la realizzazione di lavori, dall'altra si connotano per la remunerazione dell'investimento in efficientamento energetico effettuato dall'aggiudicatario tramite il risparmio conseguito.

E' di tutta evidenza come dall'inquadramento di questa tipologia contrattuale nelle differenti categorie dell'Appalto o del PPP, il cui contratto di riferimento è individuato nella concessione, ne derivino importanti conseguenze operative a partire dalla definizione dello strumento giuridico più corretto per espletare la procedura di gara sino ai contenuti essenziali del contratto.

A tal proposito è opportuno segnalare che negli anni più recenti si è assistito ad una presa di posizione netta degli operatori economici e degli operatori del diritto (in particolar modo se operativi nel settore della consulenza privata) a favore della identificazione degli EPC quali contratti di Partenariato Pubblico Privato (PPP); tale posizione è di fatto comprensibile qualora si consideri la maggiore irritualità dei PPP rispetto agli strumenti ordinari di affidamento. Irritualità che se da una parte permette di evitare le incertezze della gara ordinaria per gli operatori economici – in particolar modo qualora sia previsto l'istituto della prelazione – dall'altra ha determinato una lesione concreta dei principi di concorrenza, trasparenza e parità di trattamento che il legislatore comunitario impone a salvaguardia del mercato e del benessere collettivo.

Gli effetti di tale lesione e le inevitabili difficoltà delle stazioni appaltanti sono sempre più evidenti se, come ultimamente accade, alla formalizzazione di una proposta di PPP da parte dell'operatore economico si susseguono poi richieste di proroghe ed eventuali preavvisi di contenzioso da parte degli altri player di mercato che, a loro volta, vorrebbero “avere il tempo” per formulare una propria diversa proposta.

Tale dibattito, tuttavia, segue logiche esclusivamente operative tralasciando gli aspetti procedurali per l'affidamento di contratti pubblici posto che, per ciò che concerne le stazioni appaltanti pubbliche, la questione è risolta da oramai molti anni e, più precisamente, dalla pubblicazione della Decisione Eurostat 11 febbraio 2004 “Treatment of public-private partnership” poi seguita dalla nuova versione del SEC'95 pubblicata da Eurostat ad ottobre 2012, la quale ha di fatto chiarito in modo inequivocabile ciò che può rientrare nell'ambito della partnership e ciò che, al contrario, deve essere trattato quale appalto ordinario.

Più specificamente si tratta della corretta allocazione dei rischi tra le parti contrattuali in virtù della quale il rischio di costruzione (“investimento”) ed uno tra i rischi di domanda e di disponibilità debbono essere

collocati in capo al privato; per esemplificazione l'investimento che viene effettuato dall'operatore economico deve remunerarsi attraverso la gestione dell'opera realizzata, gestione i cui flussi di cassa sono nella disponibilità e, dunque, anche a rischio del privato stesso.

Su tale Decisione Eurostat si è successivamente fondata tutta la giurisprudenza di Corte Conti e Consiglio di Stato le quali hanno chiarito in ogni occasione che, qualora il rischio dell'investimento non sia a carico del privato, tale investimento si configurerà quale indebitamento della stazione appaltante e conseguentemente non potrà essere connotato con PPP bensì come Appalto, ricadendo così all'interno della disciplina di rispetto del patto di stabilità interno.

La posizione più volte espressa dalle Corti superiori ha trovato recente stabilizzazione nel D.Lgs 50/2016 s.m.i. che, oltre ad offrire definizioni chiare di ciò che si intenda per rischio operativo oltre che di domanda e disponibilità, ha infine precisato le caratteristiche tecniche che permettono di configurare una operazione di partnership.

Ancora più recentemente (7/8/2016) Eurostat ha pubblicato le linee guida “The impact of energy performance contracts on government accounts” con le quali si ribadisce che al fine di poter trasferire la spesa per investimenti sostenuta nei bilanci delle ESCO liberando così le amministrazioni pubbliche – off balance - è necessario rispettare le seguenti condizioni:

- l'ammontare dell'investimento sostenuto sia almeno pari al 50% del valore dell'immobile in seguito all'intervento (una possibilità nel caso di riqualificazioni spinte, ad esempio per portare l'edificio in condizioni NZEB);
- il contributo pubblico eventualmente ricevuto dalla ESCO non superi il 50% delle spese sostenute;
- sia presente nel contratto un sistema di penali crescenti per la ESCO al ridursi del raggiungimento dei requisiti prestazionali stabiliti dal contratto, tali da annullare il canone dovuto dall'amministrazione in caso di assenza di risparmi energetici.

Da ultimo il 19 settembre 2017 Eurostat ha pubblicato la linea guida “*The Recording of Energy Performance Contracts in Governments Account*” nella quale si intende precisare come deve essere trattato l'EPC alla luce delle esperienze verificatesi nel tempo, ancora una volta, dopo aver chiarito che “*The remuneration of the EPC-contractor is determined by the energy savings achieved through the upgraded equipment and through the other measures carried out to the structure of the building*”, la linea guida procede ribadendo che per determinare la tipologia di contratto sarà necessario verificare l'allocazione dei rischi.

Dunque nel caso dei contratti EPC pubblici stabilire se si è in presenza di un appalto di servizi o di una concessione di servizi determina la corretta applicazione delle procedure di affidamento del contratto, delle modalità di esecuzione, della applicazione delle garanzie, e, infine, di conclusione del contratto.

Prima di entrare nel merito degli elementi distintivi delle due fattispecie è quindi opportuno anticipare che le Linee Guida per il contratto EPC, trasmesse al MISE, 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.

2.2.1. Il Partenariato Pubblico privato (PPP) e l'Appalto: l'identificazione degli elementi distintivi

Precedentemente al recepimento in Italia tramite il D.Lgs 50/2016 delle Direttive Europee 23 e 24 del 2014 la legislazione italiana non consentiva di fare piena luce sulla distinzione tra Appalti e Concessioni (PPP)¹⁸.

Questo vulnus, che tuttavia la giurisprudenza contabile ed amministrativa, oltre che l'AVCP poi ANAC, aveva già superato da tempo affidandosi alla interpretazione delle Direttive oltre che ai principi Eurostat, è stato di fatto superato con l'entrata in vigore del già citato Nuovo Codice dei Contratti Pubblici il quale

¹⁸ “La mancanza di una puntuale definizione di concessione e di una chiara linea di demarcazione tra il contratto di appalto ed il contratto di concessione, ha prodotto anche in Italia numerosi ricorsi giurisdizionali. Anche l'Autorità, a seguito di diversi esposti sulle procedure di gara, è stata chiamata a pronunciarsi in ordine alla preliminare questione della corretta configurazione giuridica del rapporto negoziale, al di là del nomen iuris dato dalla stazione appaltante” (cfr. Greco, M.G., 2014, “Chiarimenti sull'istituto giuridico di concessione nella Direttiva 2014/23/UE. Il rischio operativo nel rapporto concessorio” in AVCP, <http://lineavcp.it/wp-content/uploads/2014/05/il-rischio-operativo-nel-rapporto-concessorio-Maria-Giuseppina-Greco1.pdf>)¹⁸.

La giurisprudenza consolidata afferma che si tratti di appalto pubblico quando l'amministrazione gestisce direttamente il servizio, mentre si tratta di concessione quando l'operatore economico assume su di sé il rischio della gestione economica del servizio, attraverso la riscossione diretta del canone o della tariffa (Consiglio di Stato sez. IV del 21.5.2014).

Tale distinzione riprende l'ordinanza della Corte di Cassazione (Cass. S.U. ord.n. 12252/2009) che pone, tra l'altro anche l'accento sulla diversa natura della controprestazione che nella concessione è individuata nel "diritto di gestione" e nell'assunzione del "rischio operativo" da parte dell'operatore economico e che nell'appalto è individuata nel raggiungimento dell'obiettivo contrattuale.

Nell'appalto, in generale, la remunerazione, anche se avviene sotto forma di canone, è collegata al raggiungimento dell'obiettivo (che per l'EPC è il risparmio energetico conseguito attraverso l'efficientamento degli edifici); nella concessione la remunerazione è data dal diritto della riscossione diretta delle tariffe o dei canoni da imputarsi direttamente all'utenza, che è soggetto terzo rispetto all'amministrazione concessionaria (elementi non presenti nell'EPC). Pertanto le modalità di remunerabilità del contratto diventano elementi discriminanti nella distinzione tra appalto e concessione.

Alla modalità di remunerazione, è strettamente collegato il rischio della gestione economica del servizio che la direttiva 27/2014/UE e il d.lgs. 50/2016 s.m.i. definiscono «rischio operativo».

In sintesi per definire un contratto di concessione occorrono tre elementi:

- un'utenza terza rispetto alla Pubblica Amministrazione,
- la riscossione diretta sull'utenza,
- l'allocazione del rischio operativo in capo al privato.

Quando riscontriamo questi tre elementi ci troviamo di fronte alla categoria delle concessioni costituite dalle c.d. opere calde.

La dottrina ha poi individuato altre due categorie concessorie:

- quelle costituite dalle c.d. opere “tiepide”, ove è previsto un contributo pubblico non essendo sufficienti i ricavi percepiti dall'utenza a remunerare l'investimento. Esempio tipico il trasporto pubblico.
- quelle costituite dalle c.d. opere “fredde” ove manca del tutto l'utenza terza, in quanto il privato gestisce un servizio il cui utente è l'amministrazione stessa che paga direttamente il servizio.

L'applicazione del modello concessorio alle c.d. opere “fredde” ha creato, in dottrina e giurisprudenza, molte perplessità, considerato che la giurisprudenza consolidata reputa concessioni solo quelle costituite dalle c.d. opere calde, o al massimo quelle costituite dalla categoria intermedia delle c.d. opere tiepide, ritenendo la capacità di generare reddito attraverso ricavi di utenza elemento imprescindibile per la qualificazione della concessione (Cfr. Lasalvia M., 2016, “Commentario al nuovo codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione EPC”, EPC Edizioni).

La dottrina a differenza della giurisprudenza invece basa la differenza tra l'istituto dell'appalto e quello della concessione sull'elemento “rischio operativo” reputando che “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. Lasalvia M., 2016, ibidem).

fornisce inequivocabili definizioni sia della concessione di servizi sia dei rischi che connotano la presenza o meno di un contratto di partnership.

In particolare la distinzione tra Appalto Concessione di Servizi deve fondarsi sulle seguenti definizioni reperibili all'art. 3 del D.Lgs 50/2016 e s.m.i.

“v) «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 dei servizi;

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

aaa) «rischio di costruzione», 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;

bbb) «rischio di disponibilità», il rischio legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti;

ccc) «rischio di domanda», 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;

eee) «contratto di partenariato pubblico privato», 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 connessa all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-bis, del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, si applicano, per i soli profili di tutela della finanza pubblica, i contenuti delle decisioni Eurostat;”

In sintesi è importante dunque sottolineare che la principale distinzione fra Appalto e Concessione (la quale rientra a pieno titolo tra le forme contrattuali in partnership “PPP”) risiede nella allocazione dei

rischi¹⁹; è di tutta evidenza che mentre nell'appalto non vi sono rischi specifici in capo all'appaltatore che -se realizzerà l'attività secondo le prescrizioni della stazione appaltante - otterrà il proprio corrispettivo in denaro, nel caso delle concessioni e delle partnership in generale l'operatore economico sarà chiamato a sopportare il rischio di costruzione ed uno tra i rischi di disponibilità e domanda dovendo quindi collegare la propria, solo eventuale, remunerazione alla capacità di generare ricavi dall'opera avuto in gestione.

2.2.2 In particolare: il rischio operativo

Posta la definizione di rischio operativo dettata dal nuovo Codice degli Appalti all'art. 3 nonché la tripartizione dei rischi in rischio di costruzione, disponibilità e domanda, è necessario entrare nel merito di tali definizioni al fine di poter fornire una adeguata motivazione che sorregga l'individuazione del contratto EPC quale appalto di servizi o, alternativamente, quale concessione di servizi.

L'art. 165 del D.Lgs 50/2016 e s.m.i. nel disciplinare le concessioni dispone ai commi 1 e 2 che *“1) Nei contratti di concessione come definiti all'articolo 3, comma 1, lettere uu) e vv), la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato. Tali contratti comportano il trasferimento al concessionario del rischio operativo definito dall'articolo 3, comma 1, lettera zz) riferito alla possibilità che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario. Le variazioni devono essere, in ogni caso, in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario. 2) L'equilibrio economico finanziario definito all'articolo 3, comma 1, lettera fff), rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al precedente comma 1. Ai soli fini del raggiungimento del predetto equilibrio, in sede di gara l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili. Il contributo, se funzionale al mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario, può essere riconosciuto mediante diritti di godimento su beni immobili nella disponibilità dell'amministrazione aggiudicatrice la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera affidata in concessione. 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.”*

Il rischio operativo è, per il legislatore comunitario e nazionale, un rischio economico che deve essere obbligatoriamente trasferito all'operatore economico dall'Amministrazione aggiudicatrice. Si tratta, di fatto, in condizioni operative normali di non garantire all'operatore economico il recupero degli investimenti sia a causa delle possibili *“«fluttuazioni della domanda»: 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”* (D.lgs 50/2016 art.3) sia a causa delle possibili *“«fluttuazioni dell'offerta»: il rischio associato all'offerta dei lavori o servizi che sono oggetto del contratto, in*

¹⁹ Valeriani, E., (2013), “Public Procurement – Mercato, Comportamenti, Contratti e Conflitti”, Cislupino – Monduzzi Editore

particolare il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda alla domanda. (Direttiva 27/2014/UE) ”²⁰.

Ora utilizzando tali categorie si propone l’analisi dell’EPC pubblico al fine di verificare la presenza di detti elementi distintivi così da collocare correttamente la fattispecie all’interno dell’assetto normativo del D.Lgs 50/2016.

Si ipotizzano due EPC aventi differenti oggetti contrattuali:

- Ipotesi A) Un EPC che prevede: la gestione del servizio energia (di edifici o pubblica illuminazione), una sorta di mantenimento in operatività; il pagamento della fornitura di energia termica e/o elettrica al costo già precedentemente corrisposto al gestore uscente (fermo restando il ribasso in gara); la presenza di un certo numero di investimenti volti all’efficientamento energetico, ed infine una struttura contrattuale in base alla quale l’ammontare corrisposto per la gestione del servizio e per la fornitura energetica non si riduca (se non solo in piccola parte) anche a seguito dell’eventuale risparmio garantito nella dimensione che rimane in capo al privato affinché possa remunerare il proprio investimento.
- Ipotesi B) Un EPC che prevede la gestione del servizio di prestazione energetica (di edifici o pubblica illuminazione), una sorta di mantenimento in operatività; la presenza di un certo numero di investimenti volti all’efficientamento energetico, ed infine una struttura contrattuale in base alla quale l’ammontare corrisposto per la gestione del servizio non si riduca (se non solo in piccola parte) anche a seguito dell’eventuale risparmio garantito nella dimensione che rimane in capo al privato affinché possa remunerare il proprio investimento. Non è prevista la fornitura energetica.

Nella Ipotesi A) l’appaltatore non assume alcun rischio (se non in parte residuale) dal momento che il rischio operativo (o più in dettaglio i rischi di costruzione, disponibilità e domanda) restano in capo al pubblico. Infatti, non vi è alcuna fluttuazione della domanda né la necessità/incentivo per il privato di migliorare oltre un certo livello – proposto in gara – la performance energetica degli edifici posto che l’offerta formulata in gara avrà tenuto in considerazione il livello di risparmio da generarsi per consentire il rientro dei capitali investiti.

L’unico rischio che rimane in capo ai privati è quello, minimo e rimediabile, che gli interventi energetici non determinino il risparmio atteso, ma in questo caso il privato appaltatore potrà effettuare le necessarie correzioni per raggiungere il livello necessario.

La forbice tra il consumo effettivo post investimenti in miglioramento energetico ed il canone corrisposto dalla stazione appaltante per la fornitura coprirà completamente l’investimento iniziale inclusi gli oneri finanziari.

Nella ipotesi B) il solo canone corrisposto dalla stazione appaltante è quello destinato alla gestione del servizio di prestazione energetica, non essendovi un canone per la fornitura garantita, il privato dovrà remunerare il proprio investimento esclusivamente attraverso un risparmio nella gestione in efficienza,

²⁰ M.G. Landi, G. Centi “EPC APPALTO O CONCESSIONE?” Rivista FIRE Gestione Energia 2/2016

perché il risparmio economico derivante dai minori consumi rimarrà in capo alla stazione appaltante che dunque vedrà nel tempo ridurre i propri costi per la fornitura.

Nel primo caso non vi è alcun dubbio che in base alla disciplina Eurostat ed alla normativa comunitaria e nazionale si sia in presenza di un Appalto di Servizi, nel secondo caso occorrerà verificare la dimensione economica del canone di gestione del servizio energia e solo successivamente sarà possibile verificare se, effettivamente, il rischio operativo (2 dei tre rischi Eurostat) sono correttamente allocati in capo al privato²¹.

Dunque nel primo caso di EPC analizzato – che è peraltro il modello ad oggi utilizzato nella maggioranza dei casi – 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”*. Non deriva cioè da fattori al di fuori del controllo delle parti.

Nel secondo caso, per dirimere la questione, sarà necessario fare riferimento al comma 2 dell'art. 165 del D.Lgs 50/2016, che, riconoscendo all'Amministrazione la possibilità di accollarsi una parte del rischio, *“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 cinquanta per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari”*. Ammette cioè la corresponsione di un canone purché non copra più del 50% del costo iniziale dell'investimento, dovendo la “componente rischio” essere effettivamente presente, anche se ridotta.

2.2.3 Conseguenze operative rilevanti a seguito dell'individuazione del modello applicabile ai sensi del D.Lgs 50/2016 s.m.i

Le conseguenze della identificazione di un contratto EPC quale appalto di servizi o concessione di servizi sono numerose e rilevanti, soprattutto per quanto riguarda la modalità di affidamento del Servizio di Prestazione Energetica.

In particolare se ne possono individuare almeno due:

- a) la necessità di esperire una procedura di gara senza la possibilità per i privati di formulare autonome proposte secondo le modalità del partenariato;
- b) il livello di progettazione necessario da porre a base di gara.

Quanto alla lettera a) è di tutta evidenza che una volta che il RUP e la stazione appaltante avranno verificato l'allocazione dei rischi e la fattispecie corretta dovranno procedere secondo le norme del Codice dei Contratti Pubblici, pubblicando una procedura di gara e seguendo dunque tutte le norme del

²¹ ANAC, Delibera n. 1043/2016

codice stesso sia quanto alla identificazione della prevalenza (indubbiamente servizi) sia quanto alla base d'asta ed ai requisiti tecnici ed economici professionali richiesti ai partecipanti.

Il tema posto dalla lettera b) è, al contrario, più complesso e richiede alcune esplicitazioni.

Infatti, qualora si trattasse di una concessione (PPP) è noto che la stazione appaltante potrebbe limitarsi a porre a base di gara un progetto definitivo, rimanendo poi in capo all'aggiudicatario la predisposizione del progetto esecutivo. Questo elemento è divenuto di particolare momento a seguito della introduzione, con il D.Lgs 50/2016, del divieto di appalto integrato di progettazione esecutiva ed esecuzione.

Esclusivamente per questa ragione e stante la specificità e la complessità dell'EPC sia le ESCO che la Pubblica Amministrazione preferirebbero che si applicasse il regime concessorio.

Le ESCO perché con la gestione di tutto il ciclo contrattuale, dalla diagnosi energetica preliminare al controllo sugli impianti alla manutenzione e il monitoraggio a priori e a posteriori degli stessi, possono massimizzare i profitti; la Pubblica Amministrazione perché sarebbe sgravata dall'onere della progettazione.

A nostro avviso tali considerazioni che sono uno delle argomentazioni centrali di chi sostiene l'applicazione del modello concessorio, se pur degne di nota, non risolvono alcuno degli elementi sostanziali già enucleati e dunque non sono di per sé sufficienti a giustificare l'utilizzo della concessione.

Infatti con la concessione la controprestazione della Pubblica Amministrazione è il trasferimento del "diritto di gestione" all'operatore economico. Per tanto una volta privatasi del diritto di gestione il suo potere di controllo risulta limitato. Di contro quand'anche la Pubblica Amministrazione prevedesse nel contratto concessorio controlli di qualità stringenti a garanzia del risultato, incidendo questi anche sulla modalità della gestione, andrebbe di fatto a ledere il trasferito "diritto di gestione".

Invece nell'appalto la controprestazione dovuta alla Pubblica Amministrazione è il raggiungimento dell'obiettivo contrattuale. Pertanto la sua capacità di intervento in fase di controllo risulta piena.

Una più corretta interpretazione, seppure anche essa non ancora consolidata da orientamenti giurisprudenziali o dell'ANAC, riprende dunque l'art. 23, comma 15, già citato che, inserendo i contratti per i servizi di gestione dei patrimoni immobiliari, ivi inclusi quelli di gestione della manutenzione e della sostenibilità energetica, esce dalla tripartizione prevista dal codice per la progettazione dei lavori pubblici e introduce il concetto di progettazione di livello unico²²

In questo caso è di tutta evidenza come l'atipicità dell' Energy Performance Contract mal si concili con la disciplina del Codice dei Contratti Pubblici e necessiti di un intervento normativo volto a fare chiarezza su un punto allo stato sottoposto ad incertezza.

Infine, è opportuno fare riferimento ad un ulteriore aspetto che allo stato non ha trovato una soluzione definitiva e che concerne la distinzione on balance ed off balance degli EPC e che, dalla Decisione Eurostat 2004 fino ad oggi, ha improntato il comportamento delle pubbliche amministrazioni.

²² Sarebbe auspicabile, almeno per i comuni al di sotto dei 40.000 abitanti e con esclusione dei comuni metropolitani e per le Pubbliche Amministrazioni che non dispongono delle professionalità necessarie per la redazione della parte di progetto unico riferita al progetto esecutivo per le opere di riqualificazione energetica del fabbricato, una previsione normativa ad hoc che consenta di sostituire il suddetto documento con la diagnosi energetica corredata dal progetto di fattibilità tecnico economica redatto secondo quanto previsto dall'art.23 comma 5.

Se, infatti, non v'è dubbio che una operazione è off balance esclusivamente quando rispetti l'allocazione dei rischi di costruzione e di disponibilità o di domanda in capo al privato, restando tutte le altre ipotesi on balance, rimane non chiarito se nel caso di appalto misto con prevalenza servizi (e seguente fornitura) la quota di canone pagata per la gestione del servizio o per la fornitura energetica ricevuta che esorbita il consumo effettivo una volta effettuati gli interventi di efficientamento energetico debba essere classificata come spesa da appostare al Titolo I (spesa corrente) o, al contrario, al Titolo II (investimenti) del bilancio dell'Ente Locale.

In altre parole, se la quota di risparmio lasciata in capo al privato per la remunerazione dei propri investimenti in manutenzione (ad esempio: sostituzione dei corpi illuminanti; sostituzione di una caldaia, sostituzione degli infissi) anche in considerazione della caratteristica di interventi a loro volta destinati ad obsolescenza nel medio periodo, sia classificabile nel bilancio dell'Ente Locale al Titolo I (spesa corrente) o al Titolo II (investimenti).

Allo stato è solo possibile osservare che, in termini empirici, i contratti misti a prevalenza servizi o fornitura che pure prevedano somme residuali per manutenzioni sono normalmente ascritte al Titolo I.

Se così fosse, anche alla luce della peculiarità dell'EPC che non prevede l'attribuzione all'appaltatore di una precisa quota di canone a copertura delle manutenzioni straordinarie bensì esclusivamente – e per un periodo limitato – l'attribuzione del risparmio ottenuto, a seguito di tali manutenzioni, si potrebbe propendere per un inserimento nel Titolo I, fermo restando che soltanto la giurisprudenza contabile, competente per materia, potrà superare gli attuali dubbi.

La linea guida Eurostat del 19 settembre 2017 sembra sostenere questa impostazione laddove chiarisce che “... *in the case where no cash payment occurs at the time of return of the assets, a GFCF (P.51) expenditure transaction matched by a capital transfer (D.99) revenue transaction for the amount of the residual value of the EPC assets is recorded in the government accounts. There is no impact on the government net lending/net borrowing (B.9), but an increase of the GFCF expenditure (and capital transfer revenue) is recognized. There is no entry in the financial accounts, since the return of an EPC asset with a positive residual value without receiving anything in return is considered to be a gift. In cases where a cash payment takes place, a transaction (purchase of the EPC assets) at the current market value of the assets must be recorded in the government accounts. As a consequence, there is an impact on the net lending/net borrowing (B.9) for the amount of the GFCF expenditure recognized*”²³.

Per le ragioni su espresse, ribadiamo che a nostro avviso l'EPC dovrebbe essere classificato come “appalto di pubblico servizio” alla luce dell'art. 3 del nuovo Codice degli Appalti.

Stante però la difficoltà di inquadramento normativo, allo stato, non si può tuttavia escludere la possibilità per l'Amministrazione di stipulare un contratto EPC in PPP in regime concessorio.

Si consiglia però un uso attento del PPP per gli EPC soprattutto in funzione alla valutazione del rischio operativo e, complessivamente della allocazione dei rischi identificati da Eurostat e trasposti nel D.Lgs 50/2016, in quanto, oltre alle considerazioni già espresse sui vincoli precisi che i PPP devono rispettare per poter essere legittimamente configurati come tali, occorre tenere anche presente che in caso di

²³ Eurostat, 2017, “The Recording of Energy Performance Contracts in Governments Account”, 19 settembre 2017

contenzioso la giurisprudenza amministrativa o contabile, così come ANAC si esprimeranno, come hanno già fatto con orientamenti costanti, a favore della presenza di una partnership pubblico privata esclusivamente qualora l'allocazione dei rischi rispetti le Decisioni Eurostat e i rischi siano ravvisabili in capo al privato.

3. Conclusioni: come superare il fattore “incertezza normativa”

L'istituto dell'EPC, ripreso dal legislatore nazionale ma di derivazione anglosassone, risente di tutte le incertezze e difficoltà che derivano dalla trasposizione di un istituto straniero nel complesso sistema normativo nazionale; tuttavia è indubbio che le Istituzioni pubbliche dovrebbero esprimere uno sforzo volto ad incentivare l'adozione di questi contratti che rappresentano lo strumento più importante per raggiungere significativi risparmi energetici, in particolar modo, nel settore della gestione dei patrimoni immobiliari oltre che un indubbio volano economico per le imprese della filiera.

L'EPC è caratterizzato da un complesso di attività (lavori, servizi e eventuale fornitura di vettori energetici) aventi come finalità il miglioramento dell'efficienza energetica dell'edificio. Tale miglioramento produce un risparmio energetico calcolato in kWh, con conseguente diminuzione del costo della bolletta energetica, che rappresenta la remunerazione dell'investimento spettante al fornitore. La formazione del consenso e la futura stipula del contratto non possono prescindere da tali parametri che finiscono per rappresentare il fulcro del contratto EPC.

Questo Rapporto Tecnico sui profili giuridici dell'EPC ha inteso offrire una bussola per chiarire le caratteristiche essenziali di questo contratto.

Da questo lavoro emerge chiaramente che, se l'EPC tra soggetti privati è di applicazione non particolarmente complessa, nel caso di utilizzo nel settore pubblico, dovendo essere coerente anche con il Codice dei Contratti Pubblici, la sua applicazione e, conseguentemente, la sua diffusione diviene più difficile.

Il presente lavoro, per quanto attiene l'applicazione dell'EPC nel settore pubblico, ha inteso chiarire in quali casi l'EPC sia da incardinare fra gli Appalti di Servizi e quando, al contrario, possa assumere la veste di Partnership Pubblico Privato (ed in particolare di Concessione di Servizi).

Restano, poi, alcuni temi aperti che ad oggi non hanno trovato all'interno del Codice una soluzione diretta ed immediata, ma richiedono una interpretazione da parte delle stazioni appaltanti. Tra queste il livello di progettazione idoneo per il quale qui proponiamo il raccordo tra gli articoli 28 e 23 dello stesso Codice ed il tema della corretta allocazione delle voci nel bilancio dell'ente locale, per il quale qui si propone di allocare complessivamente il canone corrisposto dalla stazione appaltante pubblica in Titolo I (spesa corrente).

Ciò detto, resta di tutta evidenza che una tipizzazione dei contratti EPC, con la conseguente definizione normativa di servizio di prestazione energetica, darebbe evidente impulso ad una significativa diffusione di tali contratti dal momento che consentirebbe una chiarificazione normativa su tali modelli contrattuali, in particolar modo per quelli che incidono sugli edifici.

La mancata tipizzazione del contratto è una fonte di incertezza che finisce con il penalizzare lo strumento EPC. La loro effettiva diffusione non può quindi prescindere dalla redazione di una specifica architettura legislativa, unico fattore in grado di eliminare le incertezze che attualmente costringono l'EPC in uno spazio ristretto del mercato.

Bibliografia

- M. LASALVIA, 2016, “Commentario al nuovo codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione EPC”, EPC Edizioni
- G. CENTI, M G LANDI (articolo), *EPC appalto o concessione?*, in rivista Gestione Energia, FIRE, 2/2016
- Corte dei Conti, sez.reg. controllo per il Lazio, deliberazione 20 ottobre 2014, n. 174/2014/SUCC
- G. CENTI, G. FASANO, F FURIANI, M G LANDI, F. MARGIOTTA, M C NOVELLI (articolo), *l’Energy Performance Contract (EPC)*, in rivista Gestione Energia, FIRE, 2/2015
- M. MAUGERI *Il contratto di rendimento energetico e i suoi «elementi minimi»* Rivista Mensile La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata Settembre 2014 • Anno XXX
- M. G. GRECO *Chiarimenti sull’istituto giuridico di concessione nella Direttiva 2014/23/UE Il rischio “operativo” nel rapporto concessorio* in www.lineeavcp.it
- M. FINIZIO (articolo), *Fondi immobiliari e contratto EPC in cerca di credito per le riqualificazioni*, www.ilsole24ore.com, 21 febbraio 2013
- F. FURIANI, MG. LANDI, M.C. NOVELLI, *Aspetti normativi del contratto EPC e dei suoi elementi per la Pubblica Amministrazione* ENEA-REPORT RdS/2013 n.274
- VALERIANI, E., (2013), “Public Procurement – Mercato, Comportamenti, Contratti e Conflitti”, Cisalpino – Monduzzi Editore.FELICE FURIANI “I contratti di rendimento energetico (EPC) per la Pubblica Amministrazione” Tesi di laurea Università Luiss Guido Carli Dipartimento Scienze Politiche 2012/2013
- C. COSCARELLA, *Aspetti economico-finanziari dell’EPC*, in *Il contratto di rendimento energetico. Energy performance contract*, a cura di P. PISELLI, Torino, 2011, pp. 169 ss., e al rapporto tecnico FIRE, *Società di servizi energetici e finanziamento tramite terzi*, www.fire-italia.it, 2012
- FIRE (rapporto tecnico), *Società di servizi energetici e finanziamento tramite terzi*, www.fire-italia.it, 2012
- FIRE-ENEA (rapporto tecnico), *Un’analisi del mercato delle ESCO e dei servizi energetici*, facilmente, www.fire-italia.it, 2012
- CER e AESS (manuale), *L’Energy Performance Contract (EPC) nel Social Housing*, in www.fresh-project.eu, 2012
- V. CHIESA (articolo), *L’efficienza energetica passa anche dalle ESCO*, www.ilsole24ore.com, 3 aprile 2012
- P. PISELLI (a cura), *Il contratto di rendimento energetico. Energy performance contract*, Torino, 2011
- Cfr. Tar Lombardia, Milano, sez. I, 12 settembre 2011, n. 2204
- M. FALCIONE, *Diritto dell’energia: fonti rinnovabili e risparmio energetico*, Siena, 2008

- G. PUPPO, *Contratto di outsourcing e global service: aspetti legali e contrattuali*, in *Manutenzione Tecnica e Management*, Settembre 2006
- P. PISELLI, S. MAZZANTINI e A. STIRPE, *Il contratto di rendimento energetico (Energy performance contract)*, definizione in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, www.treccani.it
- M. SAMBATI, *Il contratto di rendimento energetico (EPC)*, in www.cetri-tires.o
- V. ANTONELLI, *Il contributo delle autonomie locali all'attuazione del Protocollo di Kyoto: le fonti rinnovabili e il risparmio energetico*, in *Governance ambientale e politiche normative. L'attuazione del Protocollo di Kyoto*, a cura di
- M. SAMBATI, *Fondo agevolato per le ESCO per l'efficienza energetica degli edifici pubblici*, in www.cetri-tires.org
- *Contratti della pubblica amministrazione*, definizione in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, www.treccani.it
- *Treccani -Dizionario delle Scienze Fisiche - 1996*
- http://www.treccani.it/diritto/approfondimenti/diritto_amministrativo/1_Piselli_rendimento_energetico.html di Pierluigi Piselli, Silvano Mazzantini, Annalisa Stirpe
- <http://www.rgs.mef.gov.it/VERSIONE-I/e-GOVERNME1/SIOPE/Documentaz/Allegati-R/> MEF Ragioneria Generale dello Stato

NORMATIVA DI RIFERIMENTO

- **Normativa europea**

Direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione

Direttiva 2014/24/UE - sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE

Direttiva 2014/25/UE - sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE

Direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica modificativa delle direttive 125/2009/CE (relativa all'istituzione di un quadro per l'elaborazione di specifiche per la progettazione ecocompatibile dei prodotti connessi all'energia) e 2010/30/UE (concernente l'indicazione del consumo di energia e di altre risorse dei prodotti connessi all'energia, mediante l'etichettatura ed informazioni uniformi relative ai prodotti) e abrogativa delle direttive 8/2004/CE (sulla promozione della cogenerazione basata su una domanda di calore utile nel mercato interno dell'energia) e 32/2006/CE (direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente gli usi finali dell'energia e i servizi energetici).

Direttiva 2010/31/UE sulla prestazione energetica nell'edilizia.

Direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili.

Eurostat, 2017, "The Recording of Energy Performance Contracts in Governments Account", 19 settembre 2017

- **Normativa italiana**

D.Lgs 56/2017 Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

D.Lgs 50/2016 - Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture

D.Lgs 141/2016 Disposizioni integrative al decreto legislativo 4 luglio 2014, n. 102, di attuazione della direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica, che modifica le direttive 2009/125/CE e 2010/30/UE e abroga le direttive 2004/8/CE e 2006/32/CE.

D.M. 16/2/2016 - Nuovo Conto Termico.

ANAC, Delibera n. 1043/2016 Procedura aperta di Project financing per l'affidamento del servizio integrato inerente la gestione, l'esercizio, la manutenzione ordinaria, straordinaria e programmata degli impianti di pubblica illuminazione, luminarie natalizie e degli impianti semaforici, ivi compresa la fornitura di energia elettrica, nonché la progettazione ed esecuzione degli interventi di adeguamento normativo ristrutturazione, riqualificazione ed efficienza energetica degli impianti

D.M. 24/12/2015 e s.m.i. – “Criteri ambientali minimi per l’affidamento di servizi di progettazione e lavori per la nuova costruzione, ristrutturazione e manutenzione di edifici per la gestione dei cantieri della pubblica amministrazione”

D.M. 26/06/2015- Requisiti Minimi

D.M. 26/06/2015 - Linee guida per la certificazione energetica

D.M. 26/06/2015 – Relazioni Tecniche di progetto

D.Lgs 102/2014 e s.m.i. - Attuazione della direttiva 2012/27/UE sull’efficienza energetica, che modifica le direttive 2009/125/CE e 2010/30/UE e abroga le direttive 2004/8/CE e 2006/32/CE.

L. 90/2013 Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 giugno 2013, n. 63, recante disposizioni urgenti per il recepimento della Direttiva 2010/31/UE

D.M. 07/03/2012 e s.m.i. - “Affidamento di servizi energetici per gli edifici - servizio di illuminazione e forza motrice - servizio di riscaldamento/raffrescamento”

D.Lgs 28/2011 e s.m.i. - Attuazione della direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili.

D.Lgs 115/2008 e s.m.i. - attuazione della direttiva 32/2006/CE concernente gli usi finali dell’energia e i servizi energetici.

D.Lgs 311/06 - Disposizioni correttive ed integrative al D.Lgs 192/05

D.Lgs 192/05 e s.m.i - Attuazione della Direttiva europea 2002/91/CE.

D.M. 24/04/2001 - Efficienza e risparmio energetico negli usi finali.

L. 10/1991 e s.m.i.- Norme per l’attuazione del Piano Energetico Nazionale in materia di uso razionale dell’energia di risparmio energetico e di sviluppo delle fonti rinnovabili di energia.

Norma UNI CEI 11352 - 2014 - Gestione dell'energia - Società che forniscono servizi energetici (ESCO)

- Requisiti generali, liste di controllo per la verifica dei requisiti dell'organizzazione e dei contenuti dell'offerta di servizio

ENEA
Servizio Promozione e Comunicazione
www.enea.it

Stampa: Laboratorio Tecnografico ENEA - C.R. Frascati
novembre 2017