

⊕

**Tratto dal Volume "Verso una politica energetica integrata. Indicazioni
comparate per una politica energetica" - A cura di E. A. Carnevale, P.
Carrozza, G. Cerrina Feroni, G. F. Ferrari, G. Morbidelli, R. Orrù.
Editoriale Scientifica**

LA FINANZA DI PROGETTO QUALE STRUMENTO
PER LA PROGETTAZIONE E LA GESTIONE DI SERVIZI
ENERGETICI NELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI:
DALLA TEORIA ALLA SPERIMENTAZIONE CONCRETA.
UNA SOLUZIONE APPLICATIVA "UTILE"
PER GLI ENTI LOCALI?

di Andrea Marchetti

SOMMARIO: 1. Premesse: il quadro normativo di riferimento. - 2. L'approvvigionamento e l'efficientamento energetico: brevi cenni alle soluzioni contrattuali esperibili. - 3. Le nuove frontiere aperte dal ricorso ai contratti di partenariato pubblico privato. - 3.1. (segue) in particolare nei servizi. - 4. La finanza di progetto per le concessioni di servizi energetici: quale soluzione in concreto? - 4.1. La fattispecie contrattuale. - 4.2 La procedura di aggiudicazione. - 5. Conclusioni.

1. Premesse: il quadro normativo di riferimento

⊕

Insieme allo sfruttamento delle energie rinnovabili, il tema dei consumi energetici e dei connessi obiettivi di risparmio ed efficientamento negli ultimi anni è stato oggetto costante di interventi normativi da parte del legislatore europeo e, conseguentemente, di quello dei singoli stati membri. Cercare di districarsi tra il complesso e articolato *corpus* normativo che ha interessato il settore energetico può talvolta risultare un esercizio complesso e non affatto semplice; in assenza di un quadro organico di riferimento, le norme in questione sono il frutto di interventi capillari succedutisi nel tempo che rendono difficoltosa un'opera di sintesi e razionalizzazione.

L'intervento normativo in una materia simile, quasi inevitabilmente, finisce per contemplare, più o meno direttamente ed espressamente, il coinvolgimento degli enti locali, chiamati a contribuire, insieme allo Stato centrale, al raggiungimento degli obiettivi di risparmio e razionalizzazione dei consumi energetici.

Prima di entrare nel merito delle questioni più specifiche, cercheremo in primo luogo di fare chiarezza in ordine al quadro complessivo dei limiti e degli obblighi scaturenti dagli interventi legislativi sopra richiamati.

Certamente propedeutico rispetto ad ogni impegno o vincolo di natura legislativa in sede europea risulta l'obiettivo formalizzato nel protocollo di Kyoto del 1997 il quale sancisce formalmente l'impegno dei paesi industrializzati a ridurre le emissioni dei gas ad effetto serra, responsabili

⊕

del riscaldamento del pianeta¹. L'approvazione del protocollo internazionale da parte dell'Unione europea, avvenuta mediante la decisione 2002/358/CE del Consiglio, ha determinato la progressiva adozione di una serie di iniziative sul piano istituzionale dalle quali sono poi scaturiti puntuali interventi normativi da parte del legislatore europeo, non limitati alla sola attuazione degli obblighi internazionali².

La natura degli interventi pubblici finora ideati e attuati in ambito UE può essere ricondotta a due diverse tipologie: una di natura quantitativa, volta essenzialmente a promuovere il contenimento dei consumi energetici, e una di tipo qualitativo, diretta, invece, a sostenere l'utilizzo delle energie da fonti rinnovabili in luogo di quelle da fonti fossili. La finalità è comunque la medesima e si esaurisce nell'obiettivo finale di ridurre le emissioni inquinanti in atmosfera.

Se con riguardo alla prima tipologia le misure adottate si sono tradotte per lo più in mere dichiarazioni di intenti o obblighi (più o meno cogenti) di contrazione dei consumi energetici, rispetto alla seconda, ampio spazio hanno avuto le politiche di incentivazione economica programmate, su impulso del legislatore europeo, anche a livello nazionale³.

¹ Firmando il Protocollo di Kyoto la Comunità Europea si è impegnata, nel periodo 2008-2012, ad abbattere le emissioni dell'8% rispetto ai livelli del 1990 raggiungendo inoltre un accordo sulla ripartizione degli oneri tra i vari Paesi membri (*Burden Sharing Agreement*). Per l'Italia l'impegno di riduzione delle emissioni è del 6,5%.

Sui contenuti e gli effetti giuridici del Protocollo di Kyoto si veda: M. MONTINI, *Il cambiamento climatico e il Protocollo di Kyoto*, in *Quaderni della Rivista Giuridica dell'Ambiente*, Speciale 20 anni, Giuffrè, Milano, 2006, p. 21 ss.; S. NESPOR, *Il protocollo di Kyoto è entrato in vigore*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*. Più in generale sulle politiche riguardanti le emissioni in atmosfera cfr. M. CECCHETTI, F. GRASSI, *Le quote di emissione*, in AA. VV. (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2014, II, p.303 ss.

² Cfr. sul punto M. MIGIARRA, *Politiche nazionali ed europee per la riduzione del livello di emissione dei gas ad effetto serra e per il raggiungimento degli obiettivi previsti dal Protocollo di Kyoto*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 2004, 1 p. 131 ss.; M. SALVADORI, C. GUGLIELMINOTTI, *Riflessioni sul protocollo di Kyoto e sul ruolo dell'Unione europea: la disciplina delle AAU tra diritti di emissione e meccanismi di mercato*, in *Diritto e politiche dell'Unione europea*, 2007, 2, p. 101 ss.

³ Senza alcuna pretesa di esaustività si rammentano i diversi strumenti predisposti dal legislatore nel corso degli anni per sostenere il mercato delle energie rinnovabili e promuovere l'uso razionale dell'energia. 1) Il "Conto Energia", il programma che incentiva in conto esercizio l'energia elettrica prodotta da impianti fotovoltaici connessi alla rete elettrica, per la prima volta introdotto dal D.M. Ministero delle Attività Produttive 28 luglio 2002 poi rinnovato periodicamente fino al 2012. 2) Gli incentivi ex D.M. 6 luglio 2012 il quale stabilisce le nuove modalità di incentivazione della produzione di energia elettrica da impianti alimentati da fonti rinnovabili, diverse da quella solare fotovoltaica, con potenza non inferiore a 1 kW. 3) Lo "scambio sul posto", una particolare modalità di valorizzazione dell'energia elettrica che consente al titolare di un impianto (alimentato da fonti rinnovabili o di cogenerazione ad alto rendimento) di realizzare una particolare forma di autoconsumo immettendo in rete l'energia elettrica prodotta ma non direttamente auto consumata, per poi prelevarla in un momento

Al di là di questa sommaria distinzione, il primo e più importante intervento predisposto in ambito europeo con lo scopo di ottemperare agli obblighi assunti in sede internazionale, è stato quello sancito dal “Pacchetto Clima Energia 20 20 20”⁴, a sua volta formalizzato nella direttiva 2009/29/CE, in base al quale, facendo riferimento alla scadenza del 2020, la strategia europea in materia energetica può sintetizzarsi nel raggiungimento dei seguenti obiettivi:

1. riduzione dei consumi di fonti primarie del 20% rispetto alle previsioni tendenziali, mediante aumento dell’efficienza secondo le indicazioni di una futura direttiva;
2. riduzione del 20 % delle emissioni di gas ad effetto serra, secondo impegni già assunti in precedenza (come nel protocollo di Kyoto);
3. aumento al 20% della quota di fonti rinnovabili nella copertura dei consumi finali (usi elettrici, termici e per il trasporto)⁵.

Gli obiettivi di risparmio ed efficienza energetica sono stati oggetto di ulteriore specificazione, prima mediante l’emanazione della direttiva 2006/32/

differente da quello in cui avviene la produzione. 4) I “certificati bianchi”, anche noti come “Titoli di Efficienza Energetica” (TEE), titoli negoziabili che certificano il conseguimento di risparmi energetici negli usi finali di energia attraverso interventi e progetti di incremento di efficienza energetica. Il sistema dei certificati bianchi prevede che i distributori di energia elettrica e di gas naturale raggiungano annualmente determinati obiettivi quantitativi di risparmio di energia primaria, espressi in Tonnellate Equivalenti di Petrolio risparmiate (TEP). Le aziende distributrici di energia elettrica e gas possono assolvere al proprio obbligo realizzando progetti di efficienza energetica che diano diritto ai certificati bianchi oppure acquistando i TEE da altri soggetti sul mercato dei Titoli di Efficienza Energetica. 5) I “certificati verdi”, titoli negoziabili, rilasciati dal Gestore dei servizi energetici in misura proporzionale all’energia prodotta da un impianto alimentato da fonti rinnovabili. Il meccanismo di incentivazione si basa sull’obbligo, posto dalla normativa a carico dei produttori e degli importatori di energia elettrica prodotta da fonti non rinnovabili, di immettere annualmente nel sistema elettrico nazionale una quota minima di elettricità prodotta da impianti alimentati da fonti rinnovabili. L’obbligo può essere rispettato in due modi: immettendo in rete energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili oppure acquistando i Certificati Verdi dai produttori di energia “verde”.

⁴ I tre obiettivi che caratterizzano la direttiva 2009/29/CE (riduzione dei consumi e aumento del risparmio energetico; riduzione delle emissioni ed aumento della produzione di energia da fonti rinnovabili) erano già stati esplicitati in una serie di protocolli e documenti concentrati soprattutto nel periodo tra 2001 e il 2008.

Tra questi in particolare le direttive: 2001/77/CE: sullo sviluppo delle fonti rinnovabili elettriche con obiettivi senza sanzione; 2004/8/CE: sulla promozione della cogenerazione; 2005/32/CE: sulla progettazione ecocompatibile dei prodotti che consumano energia; 2006/32/CE: sull’efficienza degli usi finali dell’energia e servizi energetici; 2008/98/CE: sui rifiuti.

⁵ Quest’ultimo obiettivo ha richiesto l’adozione di una specifica direttiva, la 2009/28/CE con impegni vincolanti per ogni paese e sanzioni. La direttiva riguarda i consumi finali di energia nell’Unione, e prevede l’obiettivo che essi dovranno essere coperti nel 2020 per almeno il 20% da fonti rinnovabili. Ci si riferisce a tutte le forme di energia, non solo all’elettricità, e dunque anche ai consumi per il riscaldamento e il raffrescamento, sia nelle industrie che nel settore civile, nonché nel settore dei trasporti, settore per il quale si prevede che i consumi siano coperti almeno per il 10% da biocombustibili.

CE⁶, poi con la direttiva 2012/27/UE la quale ha indicato ai Paesi membri come raggiungere il traguardo di efficienza energetica del 20% al 2020: imponendo alle compagnie energetiche di ridurre le loro vendite di energia di almeno l'1,5% all'anno; stabilendo che lo Stato debba riqualificare energeticamente almeno il 3% del patrimonio edilizio dell'amministrazione centrale e acquistare beni e servizi con requisiti di efficienza; promuovendo audit energetici, cogenerazione ad alto rendimento, strumenti di misura e di gestione della domanda energetica⁷.

Come accennato, oltre al necessario coinvolgimento degli stati, destinatari naturali degli obblighi comunitari e principali responsabili della loro attuazione, il raggiungimento di tali obiettivi necessita, inevitabilmente, della collaborazione delle autorità locali. Si giustifica in tal senso l'iniziativa promossa dalla Commissione europea denominata "Patto dei sindaci", per coinvolgere attivamente le città europee nella strategia europea verso la sostenibilità energetica ed ambientale⁸.

⁶ La direttiva è stata recepita nel nostro ordinamento dal d.lgs. 115/2008 il quale definisce «gli obiettivi indicativi, i meccanismi, gli incentivi e il quadro istituzionale, finanziario e giuridico, necessari ad eliminare le barriere e le imperfezioni esistenti sul mercato che ostacolano un efficiente uso finale dell'energia» e «crea le condizioni per lo sviluppo e la promozione di un mercato dei servizi energetici e la fornitura di altre misure di miglioramento dell'efficienza energetica agli utenti finali». Il decreto prevede specifiche disposizioni anche per il settore pubblico (cfr. art. 13) prevedendo l'obbligo in capo alle pubbliche amministrazioni di ricorrere agli strumenti finanziari per il risparmio energetico per la realizzazione degli interventi di riqualificazione, l'effettuazione delle diagnosi energetiche e il conseguimento della certificazione energetica dei propri edifici.

⁷ La direttiva doveva essere recepita dagli Stati membri entro il 5 giugno 2014: l'Italia ha provveduto alla sua attuazione con l'approvazione del dlgs 102/2014. Essa introduce piani di ristrutturazioni energetica dell'edilizia pubblica: a partire dal primo gennaio 2014, gli stati dell'Unione Europea dovranno garantire l'efficientamento del parco immobiliare per il 3% della superficie coperta utile totale degli edifici riscaldati e/o raffreddati. La quota del 3% è calcolata sulla superficie coperta totale degli edifici oltre i 500 mq; tale soglia scenderà a 250 mq a partire dal 9 luglio 2015. Inoltre, gli stati membri, dovranno prevedere, previa ricognizione del parco immobiliare, una strategia a lungo termine per rendere maggiormente efficienti gli edifici residenziali e commerciali, sia pubblici sia privati entro il 2050. Gli stati membri si impegnano affinché il governo acquisti esclusivamente prodotti, servizi ed edifici ad alta efficienza energetica. Gli stati membri dovranno poi istituire un regime nazionale obbligatorio di efficienza energetica volto a garantire che i distributori di energia e/o le società di vendita di energia al dettaglio che sono parti designate o obbligate, conseguano un obiettivo cumulativo di risparmio energetico finale entro il 31 dicembre 2020. A norma di ciò le imprese energetiche di pubblica utilità saranno tenute a rispettare, nel periodo 2014-2020, un obiettivo annuale di risparmio energetico equivalente almeno all'1,5% del totale dell'energia venduta ai consumatori finali, sulla base della media dei consumi del triennio precedente all'entrata in vigore della direttiva. Tutte le grandi imprese, infine, saranno obbligate a sottoporsi ad audit energetici di alta qualità, ogni quattro anni, svolti in maniera indipendente, ed efficaci in rapporto ai costi. Gli audit dovranno iniziare non più tardi di tre anni dopo l'entrata in vigore della direttiva. Le piccole e medie imprese saranno esentate da tale obbligo, ma dovranno essere previsti dei programmi specifici per incoraggiare queste imprese a sottoporsi ad audit energetici.

⁸ Il Patto, al quale hanno aderito sinora oltre 1600 città tra cui 20 capitali europee e numerose città di paesi non membri dell'UE, sancisce per le amministrazioni locali che vi aderisco-

Per completare il quadro normativo di riferimento, tuttavia, alle misure ispirate prevalentemente ad un'esigenza di contenimento dell'inquinamento atmosferico devono aggiungersi quelle predisposte dal nostro legislatore nazionale con la diversa finalità di contenimento della spesa pubblica. I recenti interventi di *spending review* imposti dagli ultimi esecutivi hanno, infatti, finito per interessare anche il settore dei consumi energetici, imponendo specifici obblighi in merito agli approvvigionamenti delle pubbliche amministrazioni. La prima misura rispondente a questa finalità è contenuta all'art. 1, comma 7, del d.l. 95/2012 (conv. con legge 135/2012) che impone a tutte le amministrazioni pubbliche di ricorrere alle convenzioni o agli accordi quadro messi a disposizione da Consip s.p.a. o dalle altre centrali di acquisto regionali con il preciso scopo di conseguire risparmi nella spesa corrente⁹.

Ma un ulteriore intervento di particolare rilievo per il tema che ci occupa è quello contenuto all'art. 14 del d.l. 52/2012 (conv. con legge 94/2012), in cui si prevede l'obbligo per le amministrazioni pubbliche di adottare, entro il 7 luglio 2014, sulla base delle indicazioni dell'Agenzia del demanio, misure finalizzate al contenimento dei consumi di energia e all'efficientamento dei suoi usi finali, attraverso il ricorso ai contratti di servizio energia (di cui al d.P.R. n. 412/1993, e al d.lgs. n. 115/2008), anche nelle forme dei contratti di partenariato pubblico privato (di cui all'art. 3, comma 15-ter, del Codice degli appalti, d.lgs. n. 163/2006)¹⁰. La disposizione detta anche un ulteriore

no l'opportunità di impegnarsi concretamente nella lotta al cambiamento climatico attraverso interventi che perseguono lo scopo di raggiungere livelli più efficienti di consumi energetici e dunque la riduzione di emissioni di gas serra (riduzione oltre il 20% fissato dal Patto 20 20 20). I comuni che sottoscrivono il Patto dei Sindaci si impegnano a inviare il proprio *Piano d'azione per l'energia sostenibile (PAES)*, ovvero lo strumento riportante misure e politiche concrete da attuare per il raggiungimento degli obiettivi prefissati alla Commissione europea.

Il Piano rappresenta lo strumento attraverso cui l'amministrazione comunale si prefigge di raggiungere gli obiettivi di riduzione delle emissioni di anidride carbonica entro il 2020. In seguito all'approvazione da parte del consiglio comunale, i PAES devono essere inoltrati entro un anno dalla firma del Patto. Poiché l'impegno del Patto interessa l'intera area geografica della città, il Piano d'azione deve includere azioni concernenti sia il settore pubblico sia quello privato. La mobilità pulita, la riqualificazione energetica di edifici pubblici e privati e la sensibilizzazione dei cittadini in tema di consumi energetici rappresentano i principali settori sui quali si concentrano gli interventi delle città firmatarie del Patto. Informazioni più puntuali possono essere reperite sul portale web: www.pattodeisindaci.eu

In merito si veda anche S. PICCHIOLOTTO, *Il "Patto dei Sindaci" per un'energia sostenibile in Europa*, in *Ambiente e sviluppo*, 2010, p. 457.

⁹ Con riferimento agli approvvigionamenti energetici si ricorda che già il decreto legge n. 112/2008, all'articolo 48, prevedeva l'obbligo per le amministrazioni centrali di approvvigionarsi di combustibile da riscaldamento e dei relativi servizi nonché di energia elettrica mediante le convenzioni Consip o comunque a prezzi inferiori o uguali a quelli praticati dalla Consip, nonché l'obbligo per le altre pubbliche amministrazioni di adottare misure di contenimento delle spese per le medesime categorie di beni in modo da ottenere risparmi equivalenti.

¹⁰ La norma citata così dispone: «Le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, entro 24 mesi dalla data di entrata in vigore del

vincolo rispetto all'affidamento della gestione di tali servizi energetici imponendo l'adozione di procedure ad evidenza pubblica e l'aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Al di là della soluzione individuata dal legislatore italiano, la norma suggerisce, a ben vedere, il ricorso ad uno strumento dalle potenzialità notevoli anche per gli altri paesi UE ed in particolare per quelli in cui il mercato energetico già si caratterizza per la presenza di partner industriali dalle elevate capacità finanziarie. Si tratta del resto di un mezzo che, senza incidere negativamente sui bilanci pubblici, è suscettibile di valorizzare al massimo le opportunità esistenti nel settore, sostituendosi al meccanismo, talvolta farraginoso ed eccessivamente dispendioso, degli incentivi economici e delle defiscalizzazioni per il sostegno al ricorso alle energie rinnovabili e per il conseguimento degli obiettivi di risparmio energetico. L'utilizzo del partenariato pubblico-privato è pertanto suscettibile di sviluppi ed implementazioni anche di estremo interesse per il proseguo delle politiche europee in ambito energetico improntate ad un'attenta razionalizzazione e valorizzazione delle energie rinnovabili. Si tratta, infatti, di obiettivi e strategie che richiedono un'alta capacità progettuale ed una ingente disponibilità di capitali di investimento che oggi la politica degli incentivi e delle defiscalizzazioni risulta non essere più sufficientemente adeguata a garantire, nemmeno per quei paesi, come quelli c.d. nordici, che finora si sono dimostrati più virtuosi nel perseguimento di tali obiettivi.

Proprio su quest'ultimo istituto cercheremo di concentrare la nostra attenzione, prendendo spunto dagli esiti di una recente e concreta sperimentazione avviata in Toscana grazie all'iniziativa di alcuni comuni che, in virtù delle nuove soluzioni suggerite dal legislatore nazionale, hanno tentato di sfruttare le opportunità offerte dal partenariato pubblico-privato al fine di avviare un percorso di riqualificazione del proprio patrimonio immobiliare, nonché di progettazione di servizi energetici integrati in grado di coniugare le esigenze di risparmio con quelle di sfruttamento delle energie rinnovabili.

2. L'approvvigionamento e l'efficientamento energetico: brevi cenni alle soluzioni contrattuali esperibili

Prima di entrare nel merito della peculiare esperienza di cui vorremmo dare conto occorre però brevemente soffermarci sulle nozioni e sui contenuti delle tipologie contrattuali richiamate dal citato art. 14 del d.l. 52/2012.

presente decreto, sulla base delle indicazioni fornite dall'Agenzia del demanio, adottano misure finalizzate al contenimento dei consumi di energia e all'efficientamento degli usi finali della stessa, anche attraverso il ricorso ai contratti di servizio energia di cui al d.P.R. 26 agosto 1993, n. 412, e al decreto legislativo 30 maggio 2008, n. 115, e anche nelle forme dei contratti di partenariato pubblico privato di cui all'articolo 3, comma 15-ter, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. L'affidamento della gestione dei servizi energetici di cui al presente comma deve avvenire con gara a evidenza pubblica, con le modalità di cui all'articolo 15 del decreto legislativo 30 maggio 2008, n. 115».

La norma fa espresso riferimento a due fattispecie negoziali disciplinate rispettivamente all'art. 1, comma 1, lett. p, del d.P.R. 412/1993, il contratto di servizio energia, definito come «*l'atto contrattuale che disciplina l'erogazione dei beni e servizi necessari a mantenere le condizioni di comfort negli edifici nel rispetto delle vigenti leggi in materia di uso razionale dell'energia, di sicurezza e di salvaguardia dell'ambiente, provvedendo nel contempo al miglioramento del processo di trasformazione e di utilizzo dell'energia*», e all'art. 2, lett. l, del d.lgs. 115/2008, il contratto di rendimento energetico, definito come l'«*accordo contrattuale tra il beneficiario e il fornitore riguardante una misura di miglioramento dell'efficienza 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*».

Le due tipologie contrattuali sono accomunate dalla previsione di specifici obblighi prestazionali per il conseguimento di risparmi energetici in favore del soggetto committente, distinguendosi tuttavia per il diverso sistema di pagamento: nel contratto di “servizio energia” sulla base del volume di forniture erogato; nel contratto di “rendimento energetico” in funzione del miglioramento dell'efficienza energetica conseguito. Quest'ultimo modello si caratterizza, del resto, per la particolare allocazione dell'alea contrattuale in grado di mallevare la pubblica amministrazione dagli oneri finanziari e dai risultati di gestione connessi con l'erogazione dei servizi in questione, essendo, peraltro, gli interventi di efficientamento remunerati in ragione dei risparmi energetici conseguiti.

La diffusione di queste nuove tipologie contrattuali, grazie all'attuazione della direttiva 2006/32/CE sull'efficienza degli usi finali dell'energia, ha infatti determinato la rapida diffusione, anche in Italia, di nuovi soggetti imprenditoriali preposti alla realizzazione e all'offerta di servizi di questa natura: le c.d. Esco (Energy Service Company)¹¹. Il d.lgs. 115/2008 definisce la Esco come una «*persona fisica o giuridica che fornisce servizi energetici, ovvero altre misure di miglioramento dell'efficienza energetica nelle installazioni o nei locali dell'utente e, ciò facendo, accetta un certo margine di rischio finanziario. Il pagamento dei servizi forniti si basa, totalmente o parzialmente, sul miglioramento dell'efficienza energetica conseguito e sul raggiungimento degli altri criteri di rendimento stabiliti*»¹².

In pratica, le Esco offrono – a costo zero per l'ente pubblico o l'azienda – la diagnosi, il progetto, gli interventi di efficientamento e la successiva ge-

¹¹ Informazioni operative sull'attività svolta da queste società sono reperibili ai seguenti indirizzi web: www.assoesco.org (sito internet dell'Associazione Italiana delle ESCO) e www.fire-italia.it (sito internet della Federazione italiana per l'uso razionale dell'energia).

¹² Attualmente la legislazione vigente non prescrive alcun particolare requisito per la costituzione di una società Esco. Queste sono dunque individuate sulla base dell'oggetto sociale in cui deve essere specificato il ruolo di operatore del settore di servizi energetici.

stione dei servizi energetici. Stipulano con l'ente pubblico un contratto di rendimento energetico (nel gergo tecnico noto anche come "*energy performance contract*", EPC) che consente loro di retribuirsi grazie ai risultati dell'intervento (risparmio energetico) e con gli incentivi nazionali per l'efficienza energetica e l'utilizzo delle energie rinnovabili. Il contratto è basato sul risultato di risparmio energetico che si consegnerà e la redistribuzione dei risparmi dipende da come è ripartito l'investimento e dallo schema contrattuale prescelto. Gli schemi contrattuali più noti di EPC sono il "*first out*" (cessione globale limitata), lo "*shared savings*" (risparmi condivisi) e il "*guaranteed savings*" (risparmi garantiti).

Con il primo, il risparmio energetico conseguito viene interamente utilizzato per ripagare il finanziamento dell'intervento e remunerare l'attività della Esco la quale in questo modo incamera il 100% dei risparmi realmente ottenuti fino alla scadenza contrattuale, normalmente più breve rispetto a quella praticata negli altri modelli negoziali. Nello "*shared savings*", invece, le parti si accordano sulla suddivisione dei proventi del risparmio, dunque soltanto una quota di questo contribuisce al recupero dell'investimento iniziale apportato dalla Esco con la conseguenza che il risultato economico è variabile per entrambe le parti. Con il terzo schema, infine, la Esco si impegna essenzialmente a garantire che i risparmi non siano inferiori ad un minimo concordato, stabilito sulla base dell'analisi di fattibilità effettuate. La garanzia del risparmio si esplica attraverso formule che prevedono un indennizzo in favore del cliente in caso di consumi maggiori rispetto a quelli garantiti; nel caso in cui, invece, si conseguano risparmi superiori a quelli attesi, questi andranno normalmente a beneficio del cliente¹³.

3. Le nuove frontiere aperte dal ricorso ai contratti di partenariato pubblico privato

A queste due fattispecie l'art. 14 del d.l. 52/2012 aggiunge poi il riferimento ai contratti di partenariato pubblico privato di cui all'art. 3, comma 15 ter, del d.lgs. 163/2006, aventi per oggetto *«una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti»*¹⁴.

¹³ Per un approfondimento sui contratti di rendimento energetico si rinvia a: P. PISELLI (a cura di), *Il contratto di rendimento energetico*, Utet, Torino, 2011; M. LIBANORA, *I contratti di rendimento energetico*, in *Azienditalia*, 2013, 8-9, p. 637 ss. Più in generale sull'efficienza energetica: L. GILLI, *Efficienza energetica*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, agg. III, vol. I, Utet, 2008, p. 340 ss.

¹⁴ Lo stesso art. 3, comma 15, indica tra i contratti di partenariato pubblico privato, a titolo

L'intento del legislatore appare evidente: consentire alle pubbliche amministrazioni, con l'applicazione di tali forme contrattuali, la realizzazione di interventi di efficientamento anche in assenza di risorse finanziarie proprie.

La sperimentazione che è stata avviata in Toscana nasce proprio da questa stessa esigenza, caratterizzandosi per la scelta di ricorrere alla finanza di progetto come soluzione finanziaria ed operativa che possa essere in grado di rispondere, nella misura migliore possibile, ad alcune delle numerose carenze che oggi affliggono le pubbliche amministrazioni anche nel settore dei servizi e degli approvvigionamenti energetici.

Tali limitatezze nascono non solo dalla carenza di risorse pubbliche sufficienti per sostenere le ingenti spese di riqualificazione del patrimonio immobiliare e dai vincoli di bilancio incombenti sulle amministrazioni, ma anche dalla stessa impossibilità (o incapacità) delle amministrazioni locali di procedere ad una progettazione - ancorché solo a livello di studio di fattibilità - che sia in grado di prevedere soluzioni integrate di più prestazioni energetiche, nonché investimenti funzionali ad una più efficiente erogazione del servizio.

Prima di analizzare concretamente in che misura la finanza di progetto, istituto finora concepito e attuato soprattutto nel settore delle opere pubbliche, possa costituire uno strumento efficace anche nell'ambito dei servizi occorre però preliminarmente soffermarsi sul funzionamento dei modelli di partenariato pubblico privato di cui la finanza di progetto costituisce una delle principali espressioni.

La nozione di partenariato pubblico-privato nasce in seno all'ordinamento comunitario e ad esso si deve il tentativo di fornirne un inquadramento generale¹⁵. In particolare, il primo documento fondamentale nella materia in esame è costituito dal Libro Verde del 30 aprile 2004 della Commissione europea (COM(2004)327), relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, nel quale, si afferma che il termine partenariato si riferisce in generale a «*forme di cooperazione tra le autorità e il mondo delle imprese che mirano a garantire il funzionamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio*». Si tratta in altri termini di modelli contrattuali che non si basano sulla mera esecuzione di una singola

esemplificativo, la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste.

¹⁵ La letteratura sul partenariato pubblico-privato è vastissima: cfr. M.P. CHITI, *Partenariato pubblico privato*, in *Enciclopedia giuridica*, il Sole 24 ore, Milano, 2007; M.P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009; G. CERRINA FERONI (a cura di), *Il partenariato pubblico privato. Modelli e strumenti*, Giappichelli, Torino, 2011; M. DUGATO, *Il partenariato pubblico-privato: origine dell'istituto e sua evoluzione*, in F. MASTRAGOSTINO, *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 55 ss; A. DI GIOVANNI, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Giappichelli, Torino, 2012.

prestazione da parte del privato, ma che prevedono una partecipazione attiva di quest'ultimo nella progettazione, nell'esecuzione e nel finanziamento del progetto, e al quale l'amministrazione riserva, a titolo di corrispettivo, la gestione del servizio o dell'opera da esso realizzata. Pur non essendo fornita una definizione giuridica di partenariato, nello stesso libro verde sono tuttavia enucleati gli elementi essenziali delle formule ad esso riconducibili; tali sono, in sintesi: a) «*la durata relativamente lunga della collaborazione, che implica una cooperazione tra il partner pubblico ed il partner privato in relazione a vari aspetti di un progetto da realizzare*»; b) «*la modalità di finanziamento del progetto, garantito da parte del settore privato, talvolta tramite relazioni complesse tra diversi soggetti*»; c) «*il ruolo importante dell'operatore economico, che partecipa a varie fasi del progetto (progettazione, realizzazione, attuazione, finanziamento)*», mentre «*il partner pubblico si concentra principalmente sulla definizione degli obiettivi da raggiungere in termini di interesse pubblico, di qualità dei servizi offerti, di politica dei prezzi, e garantisce il controllo del rispetto di questi obiettivi*»; d) «*la ripartizione dei rischi tra il partner pubblico ed il partner privato, nel quale sono trasferiti rischi di solito a carico del settore pubblico*».

Il Libro Verde enuclea inoltre la distinzione tra il modello di partenariato di tipo puramente contrattuale (fondato cioè esclusivamente su legami contrattuali tra i soggetti partecipanti, nel quale al soggetto privato vengono affidati compiti più o meno ampi tra cui la progettazione, il finanziamento, la realizzazione, lo sfruttamento di un lavoro o di un servizio) e quello di tipo istituzionalizzato, implicante «*una cooperazione tra il settore pubblico ed il settore privato in seno ad un'entità distinta*» e di cui la "società mista" costituisce la forma principale.

La rilevanza di queste forme di cooperazione emerge soprattutto in una fase di innegabile crisi economica quale quella attuale; ciò del resto è stato confermato dalla stessa Commissione europea che nel 2009 ha adottato una nuova Comunicazione interpretativa¹⁶ con la quale ha sottolineato come il partenariato pubblico-privato possa contribuire alla ripresa economica e allo sviluppo sostenibile dell'Unione europea¹⁷. La combinazione delle capacità e dei capitali pubblici e privati è infatti essenziale nel contesto della crisi economica: la restrizione del credito e i vincoli di finanza pubblica hanno ridotto la possibilità per gli Stati membri di compiere investimenti in infrastrutture. I partenariati appaiono così lo strumento idoneo da utilizzare in

¹⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, «*Mobilizzare gli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare i partenariati pubblico-privato*», COM (2009) 615, 19 novembre 2009.

¹⁷ Cfr. in tal senso M. MATTALIA, *I partenariati pubblici privati per il superamento della crisi economica*, in www.lexitalia.it, n. 2/2013

tale contesto, attesi i benefici che questi sono in grado di produrre sia per il settore pubblico che per il settore privato. Il ricorso ai privati permette alle amministrazioni sia di utilizzare i loro capitali, sia di sfruttare il loro *know how*, necessario ai fini della progettazione e della realizzazione dell'opera o del servizio; la rapida diffusione dei sistemi di partenariato si spiega dunque in ragione della scarsa disponibilità economica dei soggetti pubblici, i quali devono tuttavia provvedere a realizzare le infrastrutture e a fornire i servizi indispensabili alla collettività.

Nel nostro ordinamento i contratti di partenariato sono stati definiti per la prima volta dal d.lgs. 152/2008 che ha introdotto un nuovo comma all'art. 3 del Codice dei contratti pubblici. Abbiamo già anticipato come il nuovo comma 15 *ter* abbia tentato di circoscrivere l'ambito oggettivo di applicazione di tali forme contrattuali, stabilendo che esse possano riferirsi a determinate prestazioni quali: la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, la fornitura di un servizio, compreso il finanziamento totale o parziale a carico dei soggetti privati. Tra questi l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto è indicato dalla medesima disposizione, a titolo esemplificativo, come una delle possibili forme contrattuali di partenariato¹⁸.

La finanza di progetto è un «*istituto di origine anglosassone caratterizzato, essenzialmente, dalla copertura finanziaria di importanti investimenti sulla base di un progetto in considerazione della sua validità, della sua gestione nonché della sua attitudine a generare reddito per un certo lasso di tempo*»¹⁹. È stata introdotta nell'ordinamento italiano con la legge 18 novembre 1998, n. 415 ed è attualmente disciplinato, nei suoi aspetti principalmente procedurali, dagli artt. 153 e seguenti del d.lgs. 163/2006. Il tratto caratterizzante dell'istituto è dunque costituito da un'operazione di finanziamento a lungo

¹⁸ In materia di finanza di progetto si veda: M. RICCHI, *La finanza di progetto nel codice dei contratti dopo il terzo correttivo*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, p. 1385 ss.; G.F. CARTEI, *Finanza di progetto e modelli partenariali pubblico-privati*, in G.F. CARTEI (a cura di), *Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, p. 232; G.F. CARTEI, *La finanza di progetto: modello e varianti*, in M.P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009, p. 59 ss.; M. MARIANI (a cura di), *Il Project financing. Analisi giuridica, economico-finanziaria, tecnica, tributaria, bancaria, assicurativa*, Giappichelli, Torino, 2012; F. CARINGELLA, *Il nuovo volto della finanza di progetto*, in G. CERRINA FERONI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Modelli e strumenti*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 99 ss.; M. MARIANI, V. MENALDI (a cura di), *Il project financing nel codice dei contratti. Analisi giuridico-amministrativa, economica-finanziaria e tributaria*, Giappichelli, Torino, 2007; G.F. CARTEI, M. RICCHI (a cura di), *Finanza di progetto. Temi e prospettive*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010; R. DIPACE, *La finanza di progetto*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Utet, Torino, 2007, p. 1029 ss.; G. TARANTINI, *La finanza di progetto dopo il terzo decreto correttivo del codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture* (art. 153, D.lgs. n. 163/2006), in www.federalismi.it, n. 9/2009.

¹⁹ G. MISSENERI, voce *Project financing (lavori pubblici)*, Digesto disc. pubbl. Utet, Torino, p. 619 ss.

termine di una specifica iniziativa progettuale, idonea a integrare una forma di partenariato di tipo contrattuale, in grado di sviluppare prospettive reddituali e flussi di cassa idonei a ripagare l'investimento inizialmente effettuato.

Se da un punto di vista economico-finanziario non sorgono particolari problemi definitivi, essendo il *project financing* descritto come «un'operazione di finanziamento di una particolare unità economica, nella quale un finanziatore fa affidamento, sin dallo stadio iniziale, sul flusso di cassa e sugli utili dell'unità economica in oggetto come la sorgente di fondi che consentirà il rimborso del prestito e le attività dell'unità economica come garanzia collaterale del prestito»²⁰, da una prospettiva giuridica l'istituto non pare assumere un'autonoma rilevanza. Nel nostro ordinamento giuridico, infatti, esso si configura come una tecnica di finanziamento non sussumibile in una categoria contrattuale tipica, rappresentando invece il risultato della sommatoria di singoli contratti (contratti di fornitura, di appalto, di finanziamento, di garanzia, di società, di concessione di costruzione e gestione) che ne costituiscono la struttura²¹.

In termini più prettamente descrittivi, prendendo in considerazione la disciplina pubblicistica di cui al d.lgs. 163/2006, la finanza di progetto si configura come una particolare "forma" di aggiudicazione di una concessione di lavori, nella quale, un ruolo fondamentale è giocato dall'iniziativa imprenditoriale e finanziaria di un soggetto privato. Questo, infatti, dopo aver assunto formalmente la qualità di "promotore", a seguito del coinvolgimento di *partners* industriali e bancari, si impegna a realizzare una infrastruttura pubblica, o di pubblica utilità (e dopo l'emanazione del d.P.R. 207/2010 anche la gestione di un servizio), accollandosene, almeno in parte, il costo, e traendo la propria remunerazione dalla successiva gestione dell'opera (o del servizio).

In estrema sintesi, la procedura oggi disciplinata dall'art. 153 del d.lgs. 163/2006 per i lavori pubblici e per i lavori di pubblica utilità, presuppone innanzitutto l'adozione da parte dell'amministrazione di uno studio di fattibilità dell'opera da realizzare, sulla scorta del quale, il privato formula la propria proposta. Quest'ultima è poi in ogni caso soggetta a valutazione da parte dell'amministrazione la quale procede, attraverso procedure di evidenza pubblica, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, all'immediata aggiudicazione della concessione (c.d. gara unica ex art. 153, commi 1-14) ovvero, in due fasi distinte, prima alla nomina del promotore, al quale viene riconosciuto un diritto di prelazione, poi alla selezione del concessionario (c.d. procedura bifasica ex art. 153, comma 15)²².

²⁰ K.P. NEVITT, *Project Financing*, trad. it. della 4 ed. a cura di P. DE SURY, Laterza, Roma, 1987, p. 13.

²¹ V. in tal senso G. MISSERINI, voce "*Project financing (lavori pubblici)*", cit. 621; C. MALINCONICO, *Il project financing*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. IV, *Le tipologie contrattuali*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 2613.

²² L'art. 153 contempla, tuttavia, altre due diverse soluzioni procedurali nel caso di inerzia dell'amministrazione. Il comma 16 disciplina, infatti, la c.d. procedura ad iniziativa dei privati, atti-

Nonostante l'esplicita previsione del legislatore rispetto all'applicabilità dell'istituto anche alle concessioni di servizio²³, il ricorso allo strumento della finanza di progetto finora è stato principalmente sperimentato, secondo quanto previsto dall'art. 153 del d.lgs. 163/2006, per la realizzazione di "lavori pubblici" o di "pubblica utilità", dunque, sia per la realizzazione di opere pubbliche destinate ad una fruizione collettiva (es. strade, scuole, ospedali), sia per la realizzazione di opere destinate ad una fruizione individuale che, tuttavia, mirano a soddisfare un interesse pubblico (es. edilizia popolare)²⁴.

Se originariamente concepito come strumento utile per la realizzazione di opere (c.d. opere calde) capaci di generare nel tempo flussi di cassa positivi, volti a ripagare i costi operativi e i finanziamenti concessi per la loro realizzazione, il ricorso al *project financing* è ormai pacificamente ammesso anche in relazione alle c.d. opere fredde²⁵. Non sempre, infatti, le opere di cui l'amministrazione si

vabile nel caso in cui l'amministrazione, pur avendo inserito lo studio di fattibilità nel proprio elenco annuale relativo al piano delle opere pubbliche da realizzare (di cui all'art. 128 d.lgs. 163/2006), nei sei mesi successivi decorrenti dall'approvazione di questo, non abbia pubblicato alcun bando di gara. Nei quattro mesi successivi a tale scadenza, gli operatori economici possono presentare proprie proposte contenenti un progetto preliminare. Nel caso di più proposte l'amministrazione procederà, attraverso forme comparative, alla selezione del promotore e poi alla successiva gara per la selezione del concessionario.

L'altra modalità procedimentale disciplinata dall'art. 153, comma 19, ed introdotta dall'art. 4, comma 2, lett. q), del d.l. 70/2011 (c.d. "decreto sviluppo") invece, è quella che prescinde dal ruolo dell'amministrazione, in quanto il soggetto privato si attiva ancor prima dell'elaborazione dei documenti programmatici da parte della stazione appaltante, ovvero formula proposte non contemplate dagli stessi documenti di programmazione. In tal caso l'amministrazione entro tre mesi dalla formulazione della proposta, contenente tra l'altro un progetto preliminare dell'opera, ne valuta il pubblico interesse, procedendo, in caso di esito positivo (anche subordinatamente all'adozione di alcune modifiche al progetto), alla nomina del proponente quale promotore. Superata questa fase finalizzata ad inserire il progetto di iniziativa privata nella programmazione pubblica triennale, il progetto è posto a base di gara per l'affidamento della concessione; alla medesima è invitato il proponente, che assume la denominazione di promotore e al quale viene riconosciuto il diritto di prelazione, che può essere esercitato entro quindici giorni dalla comunicazione dell'intervenuta aggiudicazione definitiva.

²³ L'art. 152, comma 3, del d.lgs. 163/2006 prevede infatti che: «Le disposizioni del presente capo si applicano, in quanto compatibili, anche ai servizi, con le modalità fissate dal regolamento».

²⁴ Anche per tale ragione l'istituto si presta, non del tutto correttamente, ad essere assimilato alla concessione di costruzione e gestione. In realtà i due si distinguono tra loro sia per quanto attiene l'iniziativa che per quanto concerne la procedura di scelta del concessionario. Mentre la concessione è caratterizzata dalla predisposizione di un progetto da parte della stazione appaltante, nella finanza di progetto quest'ultima si limita a predisporre uno studio di fattibilità al quale dovranno seguire poi le proposte dei soggetti privati. Il procedimento di affidamento del contratto risulta poi completamente autonomo, soprattutto a seguito delle modifiche apportate dal terzo decreto correttivo al codice (d.lgs. 152/2008).

²⁵ Sulla distinzione tra opere fredde e calde vedi *ex multis*, più recentemente, F. CARINGELLA, *Il nuovo volto della finanza di progetto*, op. cit., p. 114; F. VADI, D. DE SANCTIS, *Natura e finalità del project financing. Infrastrutture realizzabili*, in M. MARIANI, V. MENALDI (a cura di), op. cit., p. 203. Le cosiddette opere calde sono opere che sono in grado di generare flussi di cassa sufficienti alla restituzione dei prestiti ottenuti e alla remunerazione del capitale investito, generando profitto dai

fa carico di realizzare, e destinate al soddisfacimento di interessi della collettività, sono in grado di autofinanziarsi e quindi di remunerare i soggetti privati coinvolti. Al fine di incentivare l'intervento dell'iniziativa privata, la pubblica amministrazione si impegna a sostenere parte delle spese relative alla loro realizzazione, tramite il versamento di un contributo al soggetto privato. È infatti lo stesso art. 153 che al 1° comma contempla tale possibilità, prevedendo la realizzazione di opere e servizi con «risorse totalmente o parzialmente a carico dei soggetti proponenti». L'intervento pubblico può essere di diversa natura e assumere la forma di un contributo diretto sottoforma di finanziamento a fondo perduto oppure esplicarsi nella costituzione di garanzie a favore dei finanziatori del promotore.

3.1. (segue) in particolare nei servizi

Come premesso, lo strumento della finanza di progetto, a seguito dell'emanazione del regolamento di attuazione del codice dei contratti pubblici, trova ora applicazione anche con riferimento ai servizi, sulla base di quanto previsto all'art. 278 del d.P.R. 207/2010²⁶.

La procedura ivi prevista ricalca in parte quella prevista per i lavori, anche se in questo caso, non essendo prevista una forma obbligatoria per le amministrazioni in merito alla programmazione dei servizi, la possibilità da parte dei privati di proporre iniziative di affidamento in concessione vale solo per i servizi che non sono inclusi nella programmazione²⁷.

Gli operatori economici possono presentare una proposta contenente uno studio di fattibilità – che in questa procedura non è posto a carico dell'Amministrazione – una bozza di convenzione, un piano economico finanziario

ricavi delle tariffe da utenza. Tali progetti sono caratterizzati da una forte domanda di mercato del bene o del servizio che sarà prodotto e assicurano profitti continui nel tempo (es. autostrade, ponti, reti ferroviarie, reti di telecomunicazione). Le cosiddette opere fredde sono invece opere prive di rilevanza imprenditoriale, inidonee a generare flussi di cassa positivi in quanto la loro funzione principale è quella di assicurare alla collettività un servizio, a fronte del quale non viene richiesto alcun prezzo o viene richiesto un prezzo insufficiente a coprirne i costi destinate ad offrire servizi alla collettività e i cui costi complessivi sono superiori ai potenziali ricavi. Tali opere. In tali opere la funzione sociale è predominante ed è tale da non consentire l'applicazione di tariffe agli utenti (es. ospedali, scuole, centri sociali). Al fine di incentivare i soggetti privati nella realizzazione di tali opere, la pubblica amministrazione si impegna a versare un contributo, spesso sotto forma di canone variabile, al concessionario, il quale lo integra con i canoni per i servizi e con i ricavi d'utenza generati dall'opera stessa o dalle opere strutturalmente e direttamente collegate con l'opera principale.

²⁶ L'art. 152, comma 3, del d.lgs. 163/2006 si limitava infatti a rinviare alla successiva adozione del regolamento di attuazione stabilendo che «Le disposizioni del presente capo si applicano, in quanto compatibili, anche ai servizi, con le modalità fissate dal regolamento».

²⁷ L'art. 278, comma 2, prevede infatti che: «Qualora l'amministrazione aggiudicatrice si avvalga della facoltà di cui all'articolo 271, è ammessa la presentazione di proposte con riferimento a servizi non indicati nel programma».

asseverato dai soggetti indicati all'art. 153, comma 9, del d.lgs. 163/2006, una specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, nonché l'indicazione degli elementi di cui all'art. 83, comma 1, del d.lgs. 163/2006 e delle garanzie offerte²⁸. La proposta è poi valutata dall'Amministrazione entro sei mesi dal ricevimento sulla base dei criteri indicati dal comma 3 dell'art. 278 e dunque sulla base della funzionalità, della fruibilità del servizio, della accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico del piano e del contenuto della bozza di convenzione. Nel caso in cui pervengano più proposte, la norma si limita a stabilire, senza precisare i termini e condizioni della selezione, che l'amministrazione procede ad una valutazione comparativa delle stesse e dunque alla nomina del promotore, al quale viene riconosciuto un diritto di prelazione in ordine alla stipula del contratto di concessione da aggiudicare²⁹. Una volta selezionata la proposta migliore e dunque individuato il promotore, l'amministrazione procederà, infatti, ad un confronto competitivo per mezzo di una gara informale, ai sensi dell'art. 30, comma 3, del d.lgs. 163/2006, volta alla scelta del concessionario, alla quale prenderà parte lo stesso promotore.

La gara di tipo informale, richiamata dall'art. 278 del d.P.R. 207/2010 e disciplinata dall'art. 30 del d.lgs. 163/2006, si caratterizza per l'assenza di particolari formalità e si fonda sul rispetto dei principi generali relativi ai contratti pubblici quali il principio di trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità. La gara viene espletata mediante l'invito di almeno cinque concorrenti con predeterminazione dei criteri selettivi.

4. La finanza di progetto per le concessioni di servizi energetici: quale soluzione in concreto?

4.1. La fattispecie contrattuale

Alla luce del suggerimento proposto dal legislatore nel citato d.l. 52/2012, dunque, anche in un settore come quello degli approvvigionamenti dei servizi energetici, il ricorso alla finanza di progetto da parte degli enti locali ri-

²⁸ Ai sensi dell'art. 278, comma 1, infine: «*Le proposte indicano, inoltre, l'importo delle spese sostenute per la loro predisposizione nel limite di cui all'articolo 153, comma 9, ultimo periodo, del Codice*», ossia nel limite del 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dallo studio di fattibilità. Tale somma viene indicata ai fini del rimborso delle spese di progettazione che il soggetto aggiudicatario della concessione dovrà rifondere al promotore nel caso in cui quest'ultimo non si aggiudichi la gara e non intenda esercitare la prelazione.

²⁹ Come nelle procedure di finanza di progetto riguardanti i lavori, tale diritto consiste nella facoltà, riconosciuta al promotore, di adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente all'esito della procedura di gara.

sulta, oltre che una soluzione possibile, un percorso necessario. Questo strumento può rivelarsi decisivo al fine di soddisfare, mediante un unico vincolo contrattuale, le diverse esigenze delle amministrazioni pubbliche in tema di prestazioni energetiche, ed in particolare per quanto concerne la gestione dei servizi di fornitura, nonché il raggiungimento degli obiettivi di risparmio e di efficientamento.

La peculiarità della stessa sperimentazione avviata in alcuni comuni toscani, che ha costituito l'occasione delle riflessioni che in questa sede tentiamo di esplicitare, si misura proprio intorno a tali fattori: a) la previsione di un sistema integrato di servizi, in grado di ricomprendere, mediante il medesimo vincolo contrattuale, più prestazioni riguardanti il servizio calore, la gestione degli impianti elettrici interni agli edifici, l'illuminazione pubblica, le manutenzioni impiantistiche; b) la previsione di una serie di investimenti, strumentali all'erogazione del servizio, finalizzati a conseguire gli obiettivi di risparmio energetico, di riqualificazione degli impianti e del patrimonio immobiliare, di più efficiente gestione e manutenzione; c) lo sfruttamento delle fonti energetiche rinnovabili.

I vantaggi conseguibili dalle amministrazioni attraverso una soluzione contrattuale di questo tipo sono evidenti e si misurano prevalentemente nel fatto che, attraverso un unico rapporto contrattuale e secondo un'allocazione favorevole dell'alea contrattuale, l'amministrazione diventa creditrice di una serie di prestazioni, prima erogate separatamente sulla base di singoli contratti di appalto. La gestione integrata di tali servizi, oltre a manlevare gli enti dall'onere di doversi rapportare con più contraenti, costituendo *ex se* uno strumento di razionalizzazione e semplificazione, consente di conseguire economie di scala in grado di innescare meccanismi virtuosi di risparmio economico che si sommano ai risparmi derivanti dagli interventi di efficientamento e risparmio energetico proposti.

Premesso che una soluzione contrattuale siffatta si caratterizza per una serie integrata e coordinata di servizi e opere, la cui stessa natura si fonda sull'indissolubilità delle prestazioni, possono essere idealmente distinti tre diversi contenuti:

1. parte "servizi", consistente nella gestione degli impianti, nella loro manutenzione ordinaria e straordinaria, nell'erogazione di prestazioni di efficientamento energetico;
2. parte "fornitura", configurabile sia sotto forma di vera e propria fornitura di energia (previa intestazione delle utenze energetiche dell'ente) che come mera previsione della domiciliazione delle utenze presso il concessionario (in entrambe le ipotesi, comunque, i costi delle forniture sono sostenuti interamente dal concessionario e ripagati attraverso la riscossione dei canoni pagati dall'Amministrazione);
3. parte "opere-lavori", consistente in interventi e installazioni varie per l'efficientamento energetico, nella realizzazione di opere di messa a norma, di manutenzioni ordinarie e straordinarie degli impianti.

Unica beneficiaria delle prestazioni oggetto di un contratto siffatto è l'amministrazione: i servizi sono per tale ragione erogati dietro il pagamento di un canone a carico dell'amministrazione e non, viceversa, dall'utenza dietro il pagamento di una tariffa.

Presupposto necessario per l'applicazione della finanza di progetto è tuttavia la corretta qualificazione del rapporto giuridico oggetto di aggiudicazione, ossia, trattandosi di servizi energetici, la predisposizione di un vincolo contrattuale tra amministrazione e gestore del servizio qualificabile in termini di concessione di servizi. Al fine di garantire che l'oggetto e la causa del negozio giuridico siano correttamente individuati risulta allora indispensabile rammentare brevemente la distinzione tra concessioni e appalti, ovvero tra concessioni di servizi e concessioni di lavori, nonché, per concludere, tra concessioni di servizi e concessioni di servizi pubblici.

a) Una concessione e non un appalto

In relazione alla distinzione tra contratto di concessione e contratto di appalto l'aspetto dirimente è la diversa allocazione dell'alea contrattuale. È infatti ormai pacifico in dottrina³⁰ e in giurisprudenza³¹ come la qualificazione di un contratto in termini di concessione o di appalto non dipenda più esclusivamente dal soggetto nei cui confronti le prestazioni sono erogate (gli utenti nelle concessioni, l'amministrazione negli appalti), quanto, in misura determinante, dall'allocazione del rischio economico delle prestazioni fornite. Alla luce del dato normativo, con riferimento alle concessioni di lavori, è stato sancito molto chiaramente che «*caratteristica peculiare dell'istituto concessorio è l'assunzione da parte del concessionario del rischio connesso alla gestione dei servizi cui è strumentale l'intervento realizzato, in relazione alla tendenziale capacità dell'opera di autofinanziarsi, ossia di generare un flusso di cassa derivante dalla gestione che consenta di remunerare l'investimento effettuato*». In assenza di tale alea, invece, «*non si configura la concessione bensì l'appalto, nel quale vi è unicamente il rischio imprenditoriale derivante dall'errata valutazione dei costi di costruzione rispetto al corrispettivo che si percepirà a seguito dell'esecuzione dell'opera. Nella concessione, al rischio proprio dell'appalto, si aggiunge il rischio di mercato dei servizi cui è strumentale l'opera realizzata e/o il c.d. rischio di disponibilità*»³².

³⁰ Cfr. *ex multis*: G. RIZZO, *La concessione di servizi*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 113 ss.; F. MASTRAGOSTINO, *Concessioni di servizi*, in R. Garofoli, M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 105; M. PALLOTTINO, *La concessione nelle nuove direttive sugli appalti pubblici*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2004, p. 195 ss.

³¹ Cfr. *ex multis*: Cons. St., sez. V, 30 aprile 2002, n. 2294; Cons. St., sez. V, 9 settembre 2011, n. 5068; Cons. St., sez. V, 18 ottobre 2012, n. 5339. Per la giurisprudenza europea si veda: Corte giust. CE, 10 marzo 2011, n. 274/09, *Stadler*; Corte giust. CE, 7 maggio 2009, n. 206/08, *Eurawasser*.

³² Per le due citazioni cfr. Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, determinazione 11 marzo 2010, n. 2 recante «*Problematiche relative alla disciplina applicabile all'esecuzione del contratto di concessione di lavori pubblici*».

In altri termini la distinzione tra le tipologie contrattuali dell'appalto e della concessione di servizi si risolve, in via esclusiva, nella diversa allocazione dell'alea contrattuale: si configurerà una concessione di servizi soltanto nel caso in cui vi sia l'assunzione del rischio di impresa in capo al concessionario, trattandosi nel caso contrario, di un classico contratto di appalto di servizi.

Del resto lo stesso art. 3, comma 12, del d.lgs. 163/2006, riprendendo quanto già previsto dalla Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario 2000/C 121/02, stabilisce che la concessione di servizio è «*un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo*»; infatti, ai sensi del successivo art. 30 «*[i]l soggetto concedente stabilisce in sede di gara anche un prezzo, qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare*».

La legittimità del ricorso allo strumento della finanza di progetto è dunque subordinata alla corretta qualificazione del rapporto giuridico in termini di concessione e alla corretta allocazione dell'alea contrattuale. In una proposta negoziale come quella che qui ci troviamo ad ipotizzare, questa soluzione può essere perseguita per mezzo di una serie di previsioni contrattuali idonee a traslare il rischio economico del servizio e degli investimenti connessi dall'amministrazione verso il soggetto concessionario.

Provando ad ipotizzare come possa concretizzarsi una simile rapporto negoziale, l'oggetto dovrà essere definito in modo tale che rimanga a carico del solo concessionario: a) l'eventuale mancato raggiungimento dei risparmi minimi garantiti dei consumi di energia elettrica per gli impianti elettrici e di combustibile per gli impianti termici; b) il rischio degli eventuali ulteriori consumi di energia elettrica e di combustibile da parte dell'amministrazione; c) i costi relativi agli interventi di manutenzione straordinaria (con eccezione di quelli relativi agli adeguamenti per sopravvenienze normative) che si dovessero rendere necessari per l'intera durata della concessione al fine di garantire il ripristino della corretta funzionalità degli interventi e delle opere compiute e realizzate dal concessionario in esecuzione del contratto. Per garantire questo equilibrio contrattuale due sono gli accorgimenti negoziali da considerare: prevedere un meccanismo coerente di calcolo del canone che l'ente dovrà versare in favore del concessionario; sancire l'obbligo in capo al gestore del servizio di farsi carico, anche solo da un punto di vista finanziario, delle forniture energetiche dell'ente.

La soluzione percorribile è pertanto quella di prevedere un canone da quantificarsi in una somma di denaro inferiore alla spesa storica sostenuta dall'ente per i servizi energetici oggetto di aggiudicazione; una somma che dovrà essere

tale da remunerare anche gli investimenti da realizzare per conseguire gli obiettivi di risparmio energetico³³ e che risulti influente agli eventuali maggiori consumi da parte dell'ente. Sarà invece rimessa alla libera contrattazione tra l'amministrazione e lo stesso aspirante concessionario l'opzione per uno dei vari modelli esistenti di contratto Escò finalizzati a regolare le modalità attraverso le quali ripartirsi i benefici economici derivanti dai risparmi energetici conseguiti.

Gli interventi di efficientamento e la realizzazione delle opere che potranno formare oggetto della proposta saranno compiute, nel pieno rispetto del rapporto concessorio, a rischio del contraente (c.d. rischio di costruzione) gravando esclusivamente su questo gli eventuali ritardi, le esternalità negative, i costi aggiuntivi, le deficienze tecniche. Qualsiasi ritardo, così come qualsiasi deficienza nella realizzazione degli investimenti previsti, si riverbererà inevitabilmente sul livello di efficienza energetica e dunque sul risparmio economico conseguibile, gravando esclusivamente sul concessionario gli oneri derivanti dal pagamento delle forniture energetiche. Resterà inoltre a carico del concessionario l'aleatorietà del volume della domanda energetica dell'amministrazione (sia della fornitura di calore che di energia elettrica) non essendo previsto alcun limite alla quantità di energia erogabile in favore del concedente (c.d. rischio domanda)³⁴.

Risulterà utile prevedere, allo scopo di garantire la stabilità di una simile allocazione dei rischi anche al variare delle condizioni economiche, tecniche e gestionali del servizio, formule di adeguamento automatico del canone al variare del prezzo delle forniture di energia, dell'indice ISTAT per i prezzi al consumo, della maggiore quota di risparmio energetico conseguito, del numero degli impianti gestiti, del minor numero di edifici serviti che dovesse sopravvenire nel corso del rapporto concessorio³⁵.

³³ Gli investimenti non saranno dunque ripagabili attraverso il pagamento di somme di denaro da parte dell'Amministrazione onde evitare la configurazione di un contratto di appalto. Questi saranno realizzabili dal concessionario, a proprio rischio, attraverso il lucro derivante dai risparmi energetici conseguiti e dagli eventuali contributi in conto capitale o da altre forme di utilità economica derivanti dai risparmi e dagli efficientamenti conseguiti anche attraverso il ricorso alle energie rinnovabili (es. conto termico e titoli di efficienza energetica).

³⁴ Sulla rilevanza del rischio di domanda nelle concessioni di servizi si veda Corte Giust. CE, 11 marzo 2011, n. 274/09, *Privater Rettungsdienst* in base alla quale: «occorre rilevare che il rischio di gestione economica del servizio deve essere inteso come rischio di esposizione all'alea del mercato (v., in tal senso, sentenza *Eurawasser*, cit., punti 66 e 67), il quale può tradursi nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, nel rischio d'insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, nel rischio di mancata copertura integrale delle spese di gestione mediante le entrate o ancora nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio». Sulla definizione delle diverse tipologie di rischio nelle operazioni di partenariato si veda in particolare la Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 27 marzo 2009, d'interpretazione della Decisione Eurostat dell'11 febbraio 2004.

³⁵ L'allocazione del rischio nei contratti di concessione è di rilievo anche ai fini dell'indebitamento delle pubbliche amministrazioni. In base alla Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 27 marzo 2009, infatti, un contratto di concessione in cui la pubblica

b) Una concessione di servizi, non di lavori

Una tipologia contrattuale siffatta, per la complessità e l'articolazione dell'oggetto, è idonea a configurare un contratto integrato ed atipico di efficienza energetica. Tuttavia, pur non essendo stata tipizzata dal legislatore, appare per taluni aspetti assimilabile alle fattispecie dei contratti di rendimento energetico di cui al d.lgs. 115/2008 e dei contratti di servizio energia di cui al d.P.R. 412/1993, anch'essi negozi giuridici misti di servizi, lavori e forniture.

La corretta qualificazione di un rapporto negoziale così strutturato dovrà dunque fondarsi, attraverso un'interpretazione analogica, su quanto previsto dall'art. 14 del d.lgs. 163/2006 per i contratti misti di appalto, ovvero, più specificatamente, sui contenuti della Comunicazione interpretativa della Commissione europea sulle concessioni nel diritto comunitario del 2000 (2000/C 121/02).

Adottando le due diverse soluzioni il risultato è lo stesso e si esaurisce nell'applicazione del criterio qualitativo (o dell'accessorietà) a discapito di quello quantitativo. Applicando questo canone interpretativo (e a prescindere dunque dal dato quantitativo dei costi), il rapporto che andrà ad instaurarsi tra il soggetto aggiudicatario e l'amministrazione dovrà essere ricondotto al tipo dei contratti di servizio, posto che le opere accedono al servizio di efficientamento, in quanto realizzate in funzione di questo. Per giurisprudenza ormai consolidata, infatti, il criterio di distinzione tra concessioni di servizi e concessioni di lavori, nel caso di contratti dal contenuto misto - in cui sono previste sia l'erogazione di un servizio che la realizzazione di lavori - è di natura qualitativa: tale distinzione si misura, pertanto, sul rapporto di accessorietà tra le due componenti, nel senso che si avrà concessione di lavori ovvero di servizi a seconda che risulti strumentale il servizio rispetto alla costruzione dell'opera o viceversa³⁶.

amministrazione è l'acquirente principale dei servizi può essere considerata fuori bilancio ai fini dell'indebitamento dello Stato o delle altre pubbliche amministrazioni solo se il privato assume contemporaneamente il rischio di costruzione e almeno uno tra rischio di domanda e di disponibilità. In sede di stesura della convenzione, dunque, diventa fondamentale allocare correttamente questi rischi in modo da poter usufruire dei benefici contabili connessi. Per un approfondimento sul punto si consideri anche la recente adozione della nuova edizione del Manuale Esa (*Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA 95* reperibile all'indirizzo web: <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/>) sul disavanzo e debito pubblico anche in materia di partenariati pubblico privati.

Si veda infine per un breve commento sulla circolare citata G. BASSI, *Le operazioni a lungo termine in partenariato pubblico privato. Effetti sui bilanci pubblici e obblighi di comunicazione dati e informazioni in base alla decisione Eurostat dell'11 febbraio 2004*, in *Appalti e Contratti*, 2009, 6, p. 61 ss.

³⁶ In altri termini la giurisprudenza amministrativa riconosce la sussistenza di una concessione di servizi quando la gestione del servizio assume una posizione centrale nell'oggetto

c) *Una concessioni di servizi, non di servizi pubblici*

Infine, il fatto che le prestazioni oggetto del contratto siano rivolte in favore dell'amministrazione e non dell'utenza non deve indurre in errore. Il ricorso all'istituto della finanza di progetto, ancorché raramente sperimentato in concreto, non sembra in altri termini essere limitato ai soli servizi rivolti all'utenza ma astrattamente utilizzabile anche per quegli erogati in favore della stessa pubblica amministrazione, dunque applicabile per le concessioni di servizi "in senso stretto".

Nonostante l'unificazione terminologica apportata dalla disciplina codicistica all'art. 30 del d.lgs. 163/2006, rubricato con una formula generica "concessione di servizi", deve rammentarsi, infatti, la distinzione esistente nel nostro ordinamento tra "concessione di servizi pubblici" e "concessione di servizi". In particolare la "concessione di servizio pubblico" è un contratto per mezzo del quale l'autorità concedente, affida ad una persona, fisica o giuridica, denominata concessionario, il compito di gestire un servizio pubblico sotto il controllo dell'autorità concedente. Il concessionario viene remunerato, nella maggior parte dei casi, tramite i canoni che lo stesso percepirà dagli utenti del servizio.

Con il termine "concessione di servizi" si intende, invece, quel rapporto tra concedente e concessionario dove il servizio viene reso direttamente a favore della pubblica amministrazione concedente³⁷. Concessione di servizi pubblici e concessione di servizi costituiscono, pertanto, due istituti diversi: nel primo l'oggetto consiste in un servizio rivolto al pubblico, nel secondo in una prestazione direttamente rivolta alla pubblica amministrazione; in entrambi la controprestazione a favore del concessionario consiste nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio, eventualmente accompagnato da un prezzo corrisposto dall'amministrazione, laddove sia necessario assicurare al concessionario l'equilibrio economico-finanziario delle prestazioni e degli eventuali investimenti previsti. Essendo diversi gli utenti delle due tipologie di servizi sopra citati, è chiaro che nel caso di servizi rivolti direttamente all'amministrazione (c.d. servizi

contrattuale e l'espletamento dei lavori si configura come strumentale, sotto il profilo della manutenzione, del restauro e dell'implementazione, alla gestione del servizio (Cons. St., sez. V, 14 aprile 2008, n. 1600; Cons. St. sez. V, 11 agosto 2010, n. 5620). Detto altrimenti, ove la gestione del servizio sia in realtà funzionale a remunerare la costruzione dell'opera, si ha concessione di lavori. Ove, viceversa, i lavori siano funzionali a rendere possibile o a creare le condizioni per l'esercizio (o il miglior esercizio) del servizio, si ha una concessione di servizi (v. in tal senso Cons. St., sez. IV, 30 maggio 2005, n. 2805).

³⁷ Cfr. M. PALLOTTINO, voce "Costruzione di opere pubbliche (concessione di)", in *Digesto discipline pubbl.*, IV, 355; B. MAMELI, *Servizio pubblico e concessione. L'influenza del mercato unico sui regimi protezionistici e regolamentati*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 640; R. CORI, *Le concessioni di servizio*, in *Giustizia amministrativa*, 6, 2007.

strumentali) tale corrispettivo non possa che risolversi, almeno in parte, in un esborso di denaro da parte del concedente. Il rapporto concessorio può allora sussistere anche se le prestazioni non vengono erogate al pubblico ma direttamente all'amministrazione purché, come abbiamo già detto, l'alea economico-finanziaria dell'operazione resti a carico del concessionario³⁸.

4.2 La procedura di aggiudicazione

Chiariti i presupposti per la corretta e legittima applicazione della finanza di progetto nel settore dei servizi non resta che analizzare la soluzione procedurale concretamente attuabile per l'espletamento della procedura di evidenza pubblica finalizzata all'affidamento di concessioni di servizi energetici integrati. Molti sono i nodi irrisolti e le criticità che ancora permangono in ordine al concreto funzionamento di una tale procedura nel settore dei servizi. In attesa che molti di questi possano trovare soluzione a seguito della pubblicazione degli esiti della consultazione avviata, nell'ottobre 2013, dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici proprio in materia di *project financing*³⁹ (anche con riferimento ai servizi), tentiamo di formulare la

³⁸ A conferma di tale assunto vale inoltre la considerazione che l'art. 3, comma 10, del d.lgs. 163/2006 definisce gli appalti pubblici di servizi come i contratti aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all'allegato II, comprendendo tale allegato anche i servizi da svolgere sia a favore di un'amministrazione aggiudicatrice che a favore della collettività e definendo il successivo comma 12 la concessione di servizi come il contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto di servizi ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire gli stessi o in tale diritto accompagnato da un prezzo, in conformità all'art. 30 cit. (dunque anche nel caso in cui si faccia riferimento ai servizi rivolti direttamente alla pubblica amministrazione).

Del resto un'analoga distinzione è altresì riprodotta anche all'art. 143, comma 9, del d.lgs. 163/2006 in tema di concessioni di lavori. Si fa qui riferimento alla fattispecie della c.d. concessione di opere con utilizzazione diretta ove si afferma che «*le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare in concessione opere destinate alla utilizzazione diretta della pubblica amministrazione*». La concessione con utilizzazione diretta dell'opera da parte dell'amministrazione concedente costituisce del resto il modo per poter applicare l'istituto del *project financing* alle c.d. opere "fredde", prive della potenzialità di creare flussi di cassa e dunque incapaci di remunerarsi attraverso gli introiti delle tariffe pagate dagli utenti per usufruire delle stesse. A conferma di ciò si richiama la determinazione dell'AVCP dell'11 marzo 2010, n. 2 in base alla quale «*fredde sono, invece, le opere per le quali il privato che le realizza e gestisce fornisce direttamente servizi alla Pubblica Amministrazione e trae la propria remunerazione da pagamenti effettuati dalla stessa. A tali opere fa riferimento l'articolo 143, comma 9 del Codice*». In questi casi l'amministrazione si trova contestualmente a ricoprire il ruolo di concedente e quello di utente del servizio generato dall'opera, facendo venir meno il "classico" rapporto trilaterale tra amministrazione, concessionario e utenti che normalmente caratterizza i rapporti concessori.

³⁹ All'indirizzo web <http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/ConsultazioniOnLine> è reperibile il Documento di consultazione "Finanza di progetto. Revisione della Determinazione n. 1/2009, Linee guida sulla finanza di progetto dopo l'entrata in vigore

soluzione procedurale che, nel rispetto del dettato formale del regolamento di attuazione del codice dei contratti pubblici, ci pare possa trovare applicazione all'ipotesi contrattuale avanzata in questa sede.

L'iter procedurale da seguire può essere sinteticamente suddiviso in cinque distinte tappe: 1) iniziativa del promotore; 2) eventuale fase di selezione pubblica del promotore; 3) valutazione di pubblico interesse della proposta considerata migliore e riconoscimento del diritto di prelazione; 4) procedura di evidenza pubblica per la selezione del concessionario; 5) stipulazione del contratto di concessione.

Qualsiasi operatore economico, aspirante affidatario in finanza di progetto, dovrà presentare una proposta all'amministrazione che, nel rispetto dei contenuti prescritti dall'art. 278 del d.P.R. 207/2010, contenga uno studio di fattibilità riguardante l'affidamento in concessione del servizio energetico integrato, tale da ricomprendere sia una parte meramente prestazionale, specificativa delle caratteristiche del servizio offerto e della sua gestione, sia una relativa agli investimenti ipotizzati per conseguire gli obiettivi di efficientamento e risparmio energetico.

In assenza di una precisa disposizione in tal senso, l'amministrazione, una volta ricevuta la prima proposta di intervento da parte del privato, potrà procedere con la pubblicazione di un avviso pubblico volto a sollecitare ulteriori offerte di mercato entro un determinato termine temporale⁴⁰. In tal caso l'avviso dovrebbe essere accompagnato dalla predeterminazione dei criteri di valutazione per la selezione del promotore dato che lo stesso art. 278 cit. prevede che *«in caso di pluralità di proposte esse vengono valutate comparativamente nel rispetto dei principi di cui all'art. 30, comma 3, del codice. A seguito della valutazione comparativa è individuato il promotore»*.

L'amministrazione procederà alla selezione delle offerte e alla successiva nomina del promotore al quale verrà riconosciuto, come nelle procedure di cui all'art. 153 del d.lgs. 163/2006, un diritto di prelazione, motivato, anche in questo caso, dall'intento di incentivare i soggetti privati ad investire i propri capitali nello studio e nella redazione di proposte per la realizzazione di opere pubbliche o per lo svolgimento di servizi.

Una volta individuato il promotore si procederà invece alla selezione del concessionario previo espletamento di una procedura di evidenza pubblica

del c.d. "terzo correttivo", e della Determinazione n. 2/2010, Problematiche relative alla disciplina applicabile all'esecuzione del contratto di concessione di lavori pubblici".

⁴⁰ Questa è la stessa soluzione suggerita da F.C. CANTELLA, *Commento all'art. 278*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Il nuovo regolamento appalti pubblici*, Neldiritto editore, Roma, 2012, p. 1300. Anche G. CERRINA FERONI, *Finanza di progetto* (art. 153), in G.F. FERRARI, G. MORBIDELLI (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Egea, Milano, 2013, p. 480, sottolinea come sia da considerarsi ormai superata la tesi secondo cui l'attività valutativa dell'amministrazione non costituirebbe espressione di discrezionalità tecnica, bensì di discrezionalità amministrativa pura, con la conseguenza che ad essa non sarebbero applicabili i principi in tema di evidenza pubblica.

che, sebbene potenzialmente esperibile secondo i canoni della gara informale, può essere svolta adottando forme più ampie di pubblicità e trasparenza (una ipotesi atipica e ibrida di “gara aperta”). In ogni caso la proposta del promotore sarà posta a base di gara e costituirà pertanto il punto di riferimento per le offerte degli altri concorrenti. Nelle vigenti Linee guida sulla finanza di progetto dopo l'entrata in vigore del c.d. “terzo correttivo”, adottate dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture⁴¹ si afferma che «*i partecipanti alla seconda procedura devono presentare un'offerta consistente in proposte di miglioramento di tipo tecnico-economico del progetto preliminare e della convenzione, nonché un piano economico-finanziario che tenga conto delle modifiche richieste in sede di offerta*» e addirittura «*si suggerisce di inserire nel bando l'indicazione che non è possibile apportare modifiche rilevanti al progetto presentato da parte del promotore prescelto, dal momento che lo stesso è stato già sottoposto ad approvazione*».

Mutuando invece dalla giurisprudenza sull'offerta economicamente più vantaggiosa in materia di OO.PP.⁴², le varianti migliorative sono ammissibili purché rispettose di una serie di “criteri guida” e, per l'esattezza:

- sono ammesse varianti migliorative riguardanti le modalità esecutive dell'opera o del servizio, purché non si traducano in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto, che si ponga come del tutto alternativo rispetto alla proposta dichiarata di interesse pubblico dalla stazione appaltante;
- è essenziale che la proposta tecnica sia migliorativa rispetto al progetto base, che l'offerente dia conto delle ragioni che giustificano l'adattamento proposto e le variazioni alle singole prescrizioni progettuali, che si dia la prova che la variante garantisca l'efficienza del progetto e le esigenze della stazione appaltante sottese alla prescrizione variata;
- la commissione giudicatrice ha ampio margine di discrezionalità, trattandosi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Alla procedura prenderà parte anche il promotore il quale potrà adeguare la propria proposta a quella giudicata più conveniente dall'amministrazione, aggiudicandosi in tal modo la concessione⁴³.

⁴¹ Le Linee guida sono contenute nella determinazione n. 1 del 14 gennaio 2009 e sono reperibili all'indirizzo *web* <http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/Determinazioni>.

⁴² Si veda in particolare: Cons. St., sez. V, 8 settembre 2010, n. 6500, punto 6 del considerato in diritto. Tale criteri sono del resto indicati anche in Cons. St., sez. V, 19 febbraio 2003, n. 923; Cons. St., sez. V, 9 febbraio 2001, n. 578; Cons. St., sez. IV, 2 aprile 1997, n. 309.

⁴³ Se l'aggiudicazione non avviene a favore del promotore questi ha diritto di ottenere dall'aggiudicatario il rimborso delle spese di progettazione entro il limite del 2,5% del valore dell'investimento risultante dallo studio di fattibilità. Lo stesso vale per il rimborso delle spese di presentazione dell'offerta sostenute dall'aggiudicatario laddove il promotore eserciti la prelazione.

5. Conclusioni

Il quadro che abbiamo tentato di descrivere dovrebbe aver chiarito alcuni aspetti circa le concrete possibilità di ricorrere alla finanza di progetto come mezzo per conseguire, in ossequio a quanto previsto dal d.l. 52/2012, il contenimento dei consumi di energia e l'efficientamento dei suoi usi finali.

Due, come accennato, sono le attenzioni che devono essere prestate per una corretta attuazione di questo strumento: la prima attinente alla definizione dell'oggetto e alla natura del rapporto negoziale instaurantesi tra amministrazione e operatore economico, in modo che l'alea contrattuale sia correttamente imputata al concessionario del servizio; l'altra di natura procedurale, implicante il doveroso rispetto della procedura delineata, ancorché in forma non del tutto esaustiva, dall'art. 278 del d.P.R. 207/2010.

Solo con la (imminente) emanazione delle nuove "Linee guida" sulla finanza di progetto potremo esprimere un giudizio più consapevole sull'effettiva utilizzabilità del *project financing* quale strumento per l'affidamento dei servizi energetici, ossia stabilire se questo possa essere un procedimento utile per coinvolgere le Esco – senza rischi e particolari aggravii economici e di progettazione per le amministrazioni – nello svolgimento di interventi di efficientamento energetico nei confronti delle pubbliche amministrazioni.

Rispetto alla disciplina normativa attualmente vigente, diversi sono ancora i nodi da sciogliere e le lacune da colmare dei quali si attende una rapida soluzione. Ciò, in particolare, per quanto concerne la necessità di selezionare il promotore mediante procedura di evidenza pubblica; la determinazione dei contenuti delle offerte che ciascun concorrente deve presentare per la fase di evidenza pubblica per la selezione del concessionario (un progetto preliminare o modifiche e integrazioni allo studio di fattibilità?); la fissazione dei requisiti che devono essere posseduti dagli eventuali proponenti; la precisazione del contenuto necessario dello studio di fattibilità inerente alla gestione del servizio; il chiarimento circa l'eventuale rapporto tra lavori accessori al servizio oggetto di progettazione e gli strumenti di programmazione delle opere delle pubbliche amministrazioni.

Che il *project financing* costituisca una soluzione dalla potenzialità dirompenti sia per le amministrazioni che per gli operatori economici del settore (in particolare per quelli che svolgono le attività di Esco) è chiaro ancor più se prendiamo in considerazione gli impatti positivi che l'applicazione efficiente di questo strumento può determinare, oltre che (indirettamente) rispetto ai fini di tutela ambientale, dal punto di vista economico, anche per quanto concerne gli aspetti relativi ai vincoli del patto di stabilità. Si tratta di una scelta strategica per l'adeguamento del patrimonio immobiliare e impiantistico delle pubbliche amministrazioni, nonché per l'effettivo raggiungimento degli obiettivi di risparmio energetico e riduzione delle emissioni inquinanti, la quale merita la massima attenzione da parte della scienza giuridica anche in vista dei futuri sviluppi applicativi che gli strumenti di partenariato pubblico privato si riveleranno in grado di offrire.