



Ricerca di Sistema elettrico

Aspetti normativi del contratto EPC e dei suoi elementi di garanzia per la Pubblica Amministrazione

F. Furiani, M.G. Landi, M.C. Novelli

**ASPETTI NORMATIVI DEL CONTRATTO EPC E DEI SUOI ELEMENTI DI GARANZIA PER LA PUBBLICA
AMMINISTRAZIONE**

M.G. Landi , F. Furiani*, M.C. Novelli* (ENEA)

*Stagisti ENEA

Settembre 2013

Report Ricerca di Sistema Elettrico

Accordo di Programma Ministero dello Sviluppo Economico - ENEA

Piano Annuale di Realizzazione 2012

Area: Razionalizzazione e risparmio nell'uso dell'energia elettrica

Progetto: Sviluppo di modelli per la realizzazione di interventi di efficienza energetica sul patrimonio immobiliare pubblico

Obiettivo: Modelli per la realizzazione di interventi di efficienza energetica per le Pubbliche Amministrazioni

Responsabile del Progetto:, ENEA arch Gaetano Fasano



Indice

PREMESSA:.....	4
CAP. PRIMO – I CONTRATTI DI RENDIMENTO ENERGETICI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.....	6
1.1 I CARATTERI GENERALI DEI CONTRATTI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.....	6
1.2 IL CONTRATTO DI RENDIMENTO ENERGETICO (EPC) NELL’ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO.....	9
1.3 L’ITER PROCEDURALE PER LA CONCLUSIONE DEI CONTRATTI DI RENDIMENTO ENERGETICO E L’AFFIDAMENTO DEL CONTRATTO A TERZI .	13
CAP. SECONDO – GLI ELEMENTI DEL CONTRATTO DI RENDIMENTO ENERGETICO.....	15
2.1 I SOGGETTI DEL CONTRATTO.....	15
2.1.1 La Pubblica Amministrazione e le Energy Service Companies (ESCO).....	15
2.1.2 Il partenariato pubblico-privato.....	18
2.2 L’OGGETTO DEL CONTRATTO.....	19
2.2.1 Le prestazioni.....	19
2.2.2 Confronto con modelli contrattuali affini.....	20
2.2.3 Un auspicabile inversione della logica contrattuale.....	22
2.3 LA CAUSA DEL CONTRATTO.....	23
2.3.1 L’atipicità del contratto.....	23
2.3.2 La funzione economica, sociale e ambientale.....	24
2.4 LE GARANZIE E GLI STRUMENTI DI RAFFORZAMENTO DEL VINCOLO CONTRATTUALE.....	25
CONCLUSIONI.....	27
BIBLIOGRAFIA.....	28
NORMATIVA EUROPEA DI RIFERIMENTO.....	29
NORMATIVA ITALIANA DI RIFERIMENTO.....	29

Premessa:

L'analisi delle garanzie contrattuali che la P.A. deve avere per il raggiungimento degli obiettivi di risparmio energetico attraverso l'efficientamento degli edifici/impianti previsti dalla direttiva 2012/27/UE ha posto una serie di problemi nello studio del modello contrattuale dell'EPC, di seguito sintetizzati:

1. Il primo è di ordine semantico. Il contratto europeo EPC (Energy Performance Contract) definito dalla Direttiva 2012/27/CE. come "l'accordo contrattuale tra il beneficiario e il fornitore di una misura di miglioramento dell'efficienza energetica, verificata e monitorata durante l'intera durata del contratto, laddove siano erogati investimenti (lavori, forniture o servizi) nell'ambito della misura in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica stabilito contrattualmente o di altri criteri di prestazione energetica concordati, quali i risparmi finanziari" è stato tradotto come contratto di rendimento energetico. Il che risulta riduttivo in quanto il rendimento può essere riferito ai soli impianti mentre per gli edifici è più corretto parlare di prestazione energetica.
2. Il secondo è relativo sia alla natura atipica del contratto, in quanto la disciplina dei contratti di rendimento energetico (ma sarebbe più logico appellarli "contratti di prestazione energetica") non trova una collocazione specifica nella sezione del codice civile dedicata ai singoli contratti (titolo terzo, libro quarto codice civile) e sia al fatto che tali contratti sono altamente tecnici, dove ai contenuti giuridici (garanzie, foro competente, norme di sicurezza ecc.) si affiancano sia contenuti economici (modalità di finanziamento, calcolo delle prestazioni ecc.) sia contenuti altamente ingegneristici (diagnosi energetica, interventi di riqualificazione edilizia ed impiantistica).
3. Il terzo è relativo all'analisi dei contratti CONSIP già in essere e redatti secondo dall'allegato tecnico PER L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO INTEGRATO ENERGIA PER LE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI AI SENSI DELL'ART. 26 LEGGE N. 488/1999 E S.M.I. E DELL'ART. 58 LEGGE N. 388/2000 dai quali si desume che la riqualificazione energetica degli edifici è un obiettivo residuale rispetto all'oggetto principale del contratto che consiste nella manutenzione degli impianti e nella fornitura del vettore energetico.
4. Il quarto problema è il mancato recepimento della direttiva 2012/27/CE che nell'allegato XIII contiene tutti gli elementi minimi che devono figurare nei contratti di rendimento energetico sottoscritti con il settore pubblico o nel relativo capitolato d'appalto
5. Il quinto, quello di maggiore problematicità., è legato al sistema delle garanzie ottenibili dalla P.A. per vincolare le ESCO all'esatto adempimento contrattuale.

Alla luce di quanto sopra, la ricerca giuridica è stata indirizzata secondo quanto previsto dalla direttiva 2012/27/CE, e si è giunti a proporre un nuovo assetto contrattuale per la massimizzazione del risparmio energetico e del suo efficientamento, con l'inserimento non solo delle garanzie

previste dalla normativa italiana, ma con ulteriori forme di rafforzamento contrattuale sia premianti che reprimenti (bonus / penali), anche in vista di quanto stabilito dal "conto termico", che prevede la finanziabilità degli interventi energetici solo a valle della loro realizzazione .

Lo schema contrattuale che indichiamo presuppone un cambio di logica contrattuale, posponendo la fornitura e la manutenzione degli impianti all'effettiva realizzazione degli interventi necessari per l'abbassamento della classe energetica degli edifici.

In buona sostanza si potrebbe prevedere un contratto unico che subordina la futura fornitura e manutenzione a valle della conclusione degli interventi previsti dal contratto EPC. Essa rappresenterà la prima e necessaria fase per il perfezionamento del contratto energetico in senso stretto.

L'ipotesi che si propone è quella di pagare il "canone" alla ESCO aggiudicataria, comprensivo della fornitura dei vettori energetici e della manutenzione degli impianti, dall'inizio lavori fino alla conclusione degli interventi necessari. A questo punto la P.A. verificherà che gli interventi effettuati possono garantire il risparmio teorico dichiarato (ad esempio attraverso l'analisi delle norme tecniche contenute nei materiali utilizzati o la verifica della loro corretta posa in opera ecc.) e solo allora affidare in via definitiva la fornitura e la manutenzione.

E' ovvio che, il risparmio contrattuale previsto dal contratto non può essere quello massimo raggiungibile, ma deve essere calcolato in misura media, altrimenti la ESCO potrebbe non trovare l'investimento per essa remunerativo.

Se si collega questo ad un sistema di garanzie premianti per la ESCO, la stessa sarà invogliata a fare il massimo in quanto il maggior risparmio conseguito le permetterebbe di far rientrare i capitali investiti in un tempo minore.

Il contratto così impostato, come accennato prima, deve ovviamente contenere una serie di clausole che se da un lato devono garantire la P.A., dall'altro devono prevedere una effettiva remunerabilità per la ESCO. Pertanto se si devono individuare delle penali in caso di mancato risparmio, bisogna altresì prevedere dei bonus da riconoscere alla ESCO per i maggiori risparmi rispetto a quelli medi garantiti.

Il vantaggio di sottoscrivere dei contratti che prevedono la subordinazione della fornitura e della manutenzione all'effettiva realizzazione degli obiettivi previsti dal contratto EPC consente tra l'altro di garantire alla P.A. che, se il contraente aggiudicatario sarà una società produttrice di energia, la stessa è obbligata dal dispositivo contrattuale a dismettere la classica logica del mercato che recita: "maggior consumo uguale maggior profitto", e a ricercare il maggior profitto nella effettiva remunerabilità della logica della green economy.

Cap. primo – I contratti di rendimento energetici della Pubblica Amministrazione

1.1 I caratteri generali dei contratti della Pubblica Amministrazione

La cura concreta degli interessi della collettività è la prima e ineliminabile funzione delle pubbliche Amministrazioni di ogni tempo e luogo. A tal fine, è orientata tutta l'attività amministrativa, che, nel moderno Stato di Benessere, assume prevalentemente la forma dell'erogazione di servizi.

Tuttavia, a una descrizione tanto lineare per ciò che concerne l'attività, corrisponde una altrettanto complessa individuazione del modello giuridico attraverso cui realizzare il suddetto fine pubblico. Un dilemma, questo, antico quanto le organizzazioni politiche stesse, tanto da essere definito da un'autorevole dottrina "il problema del diritto amministrativo"¹.

La risposta degli Stati dell'Europa continentale a tale quesito è stata l'elaborazione di un sistema a diritto amministrativo, che si avvale in via principale di norme pubblicistiche in luogo del diritto comune. Da ciò emerge il carattere perlopiù autoritativo dell'attività amministrativa, che si connota come l'esercizio di un potere discrezionale, non libero, in quanto vincolato al fine pubblico e soggetto ai principi generali che reggono l'anzidetta attività. Un potere di regola tipico e la cui esternazione è intimamente connessa a un procedimento formalizzato e necessitato. Un potere, infine, di fronte al quale il cittadino è in una condizione di soggezione, potendo i suoi diritti soggettivi, degradati a interessi legittimi, essere sacrificati in nome del bene comune, a prescindere dal consenso dell'interessato.

Senonché, l'attività amministrativa e, di conseguenza, i rapporti tra pubblico e privato non si esauriscono nell'esercizio di un potere del primo sul secondo. Infatti, è possibile che le pubbliche Amministrazioni curino gli interessi pubblici attraverso istituti e norme del diritto comune, primo tra tutti il contratto. Ciò può avvenire in virtù del fatto che allo Stato e ai suoi enti viene riconosciuta la possibilità di operare attraverso una capacità di diritto privato, pur conservando la propria personalità di diritto pubblico.

In passato, a una figura contrattuale in ambito puramente amministrativo venivano mosse quattro obiezioni: *in primis*, chi negava l'esistenza dei contratti di diritto pubblico usava dare rilievo alla posizione diseguale tra volontà pubblica e privata, con la supremazia della prima sulla seconda; in secondo luogo, costoro davano risalto alla non commerciabilità della pubblica funzione, del pubblico servizio e dei beni demaniali, oggetto dei contratti pubblici; in terzo luogo, si sottolineava il carattere di monopolio dell'oggetto; infine, si poneva l'accento sul fatto che il contenuto del rapporto contrattuale era predeterminato da leggi e regolamenti, creando un contesto in cui il privato era collocato in una situazione di mera adesione e non in una condizione propositiva. Tutte

¹ V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, G. Giappichelli Editore 2012

queste obiezioni sono ormai da tempo state superate dalla dottrina: la supremazia della volontà pubblica su quella privata non poteva negare *in toto* l'esistenza di una figura contrattuale di diritto pubblico, ma semplicemente configurava un altro tipo di negozio giuridico; allo stesso modo, la commerciabilità dell'oggetto era una caratteristica propria soltanto dei contratti di diritto privato e l'asserire che essa non fosse presente in quelli pubblici non sarebbe bastato a negarne l'esistenza; a chi poneva in risalto il carattere di monopolio dei contratti pubblici si rispondeva che l'attività monopolistica era presente anche in quelli di diritto privato; infine, dire che il contenuto del rapporto contrattuale era predeterminato da fonti legislative e regolamentari poteva essere valido solo per il pubblico impiego, ma non per le concessioni pubbliche. Cosicché, oggi, l'esistenza dei contratti della Pubblica Amministrazione è ormai assodata².

Al pari degli accordi tra privati, i contratti pubblici modificano, creano o estinguono situazioni giuridiche di natura patrimoniale. Vi sono, però, importanti differenze, strettamente collegate alla natura pubblicistica di uno dei contraenti, sia esso una Pubblica amministrazione o un altro soggetto pubblico dotato di capacità giuridica.

Di fatto, la dottrina usa identificare tre categorie di contratti della Pubblica Amministrazione: gli ordinari, o di diritto comune, in cui il soggetto pubblico è in una posizione di parità rispetto al privato e in cui le norme da applicare sono senz'altro quelle contenute nel *Codice civile*; i contratti speciali, ossia quelli retti da norme di diritto privato speciale; infine, i contratti ad oggetto pubblico, o di diritto pubblico. Questi ultimi sono collegati a provvedimenti amministrativi, di cui sono un complemento necessario, un'integrazione o un'alternativa di realizzazione³.

Sembra a dir poco arduo e superfluo esaminare specie per specie tutti i contratti che possono essere stipulati dalla Pubblica Amministrazione, sia per la vastità dell'argomento, sia per la sovrapposizione di questo con il diritto privato. Nondimeno, una definizione generale che permette di individuare un contratto pubblico viene dal *Codice dei contratti pubblici*, d.lgs. 163/2006 art.1 comma 1:

Il presente codice disciplina i contratti delle stazioni appaltanti, degli enti aggiudicatori e dei soggetti aggiudicatori, aventi per oggetto l'acquisizione di servizi, prodotti, lavori e opere.

Vi è, poi, uno specifico modello procedimentale che deve essere applicato ai contratti pubblici per ciò che concerne la scelta del contraente, le modalità attraverso cui si giunge a tale scelta e la determinazione finale circa la stessa. Parliamo dell'evidenza pubblica, il cui nucleo originario nel nostro ordinamento risale alla l. 2016/1884 sulla contabilità pubblica. Inizialmente, i "pubblici incanti" venivano concepiti esclusivamente come un mezzo attraverso cui garantire l'economicità dell'azione pubblica. Con l'avvento della Costituzione repubblicana, invece, l'evidenza pubblica si legava inscindibilmente ai principi dell'attività amministrativa, segnatamente al buon andamento (proprio sotto il profilo dell'economicità, ma anche dell'efficacia), all'imparzialità e alla trasparenza. Recentemente, sulla spinta del neoliberalismo penetrato nel nostro ordinamento grazie alla normativa europea, l'evidenza pubblica ha acquistato l'ulteriore significato di baluardo della libera

² M. GALLO, *Contratti di diritto pubblico*, in *Novissimo Di Gesto Italiano*, a cura di A. AZARA e E. EULA, UTET, 1959

³ M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Dott. A. Giuffrè Editore, 1970

concorrenza contro le tendenze monopolistiche dello Stato-nazionale. Di conseguenza, essa ha subito una decisiva espansione, in particolar modo grazie alle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, recepite dal *Codice dei contratti pubblici*.

Sempre nel d.lgs. 163/2006, art.11, sono definite le fasi dell'evidenza pubblica riguardanti la scelta del contraente. In primis, deve avvenire la determinazione di contrarre, ossia una manifestazione di volontà attraverso cui le amministrazioni aggiudicatrici si dimostrano disposte a concludere il contratto, accompagnata dallo scopo perseguito, dalle clausole essenziali e dai criteri su cui si basa la scelta del contraente. Essa ha efficacia interna e, dunque, è inidonea a creare legittimo affidamento. Per ciò che concerne l'individuazione degli offerenti, le procedure possono essere aperte, ristrette, negoziate, avvenire tramite dialogo competitivo e, solo in casi eccezionali, con procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara (artt.54 e ss.).

Il procedimento vero e proprio ha inizio con la pubblicazione del bando di gara, in cui sono descritte le condizioni e le clausole previste dalla legge e quelle stabilite discrezionalmente, in base all'interesse pubblico. Oltre ad essere vincolante sia per l'autorità emanante che per il concorrente, il bando ha funzione di rendere pubblico il contenuto del contratto che l'Amministrazione ha intenzione di stipulare.

Prima del giorno stabilito per lo svolgimento della gara o contemporaneamente alla pubblicazione del bando, viene nominata una commissione giudicatrice, cui spetterà il compito di valutare le offerte pervenute e redigerne la graduatoria.

L'aggiudicazione è il provvedimento finale dal contenuto non discrezionale, con il quale si chiude la procedura di gara e che, in alcuni casi, perfeziona il contratto. Qualora ciò dovesse accadere, l'atto formale che costituisce il vincolo contrattuale è il verbale di aggiudicazione. Talvolta, invece, è necessaria anche una successiva stipulazione dello stesso, mediante forma scritta, a pena di nullità del negozio.

Inoltre, può essere prevista un'ulteriore fase integrativa dell'efficacia contrattuale, consistente nell'approvazione del contratto da parte del dirigente individuato dalla legge e un'eventuale procedimento di controllo. Fintantoché non viene conclusa la fase integrativa dell'efficacia, l'Amministrazione non è vincolata dal contratto.

Per quanto riguarda la tutela giurisdizionale, va segnalato che ciascuna fase di evidenza pubblica descritta sino ad ora risponde a specifiche norme di natura pubblicistica e, dunque, l'impugnazione degli atti avviene di fronte al giudice amministrativo. Ciò, però, non accade per le controversie riguardanti l'esecuzione del contratto, soggetta alle regole del diritto comune e, perciò, sottoposta al sindacato di fronte al giudice ordinario⁴.

Inoltre, a partire dall'orientamento espresso dalla celebre sentenza della Cass. S.U. n. 500/1999, veniva riconosciuta piena tutela risarcitoria anche per la lesione degli interessi legittimi dovuta a fatti o atti imputabili alla Pubblica Amministrazione. Il Codice del processo amministrativo, d.lgs.

⁴ Salvo i casi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

n.104 del 2 luglio 2010, ha fatto proprio tale orientamento, ammettendo l'esperibilità dell'azione risarcitoria di fronte al giudice amministrativo.

Alla P.A. può essere imputata la responsabilità precontrattuale, nel caso in cui venga meno agli obblighi civilistici di diligenza nella fase pubblicistica intermedia tra l'aggiudicazione e l'approvazione del contratto, ovvero qualora violi l'obbligo di comportarsi secondo buona fede; e la responsabilità contrattuale, se dovesse interrompere o non dare corso all'adempimento delle prestazioni previste, se non vi è colpa della controparte o se non le sono riconosciuti poteri di recesso unilaterale. Infine, sulla spinta del diritto dell'Unione, viene affacciandosi la possibilità di imputare alla Pubblica Amministrazione una responsabilità precontrattuale, qualora i soggetti dovessero essere lesi da procedimenti di evidenza pubblica. Tuttavia, ciò è ancora incerto in dottrina⁵.

Durante l'esecuzione del contratto, all'Amministrazione vengono generalmente riconosciuti alcuni poteri inerenti all'autotutela, attraverso i quali essa può influenzare unilateralmente il rapporto obbligatorio. Tra questi possono annoverarsi il potere di sostituirsi alla controparte nell'esecuzione del contratto; in casi di urgenza, di disporre l'anticipata esecuzione del contratto d'appalto, prima della sua approvazione; di rescindere il contratto qualora il contraente privato si renda colpevole di frode o di grave negligenza, o contravvenga agli obblighi e alle condizioni stipulate; di recesso unilaterale; di sospendere l'esecuzione del contratto quando particolari circostanze ne impediscano temporaneamente l'esecuzione a regola d'arte⁶. In tutti questi casi, il potere si esprime attraverso un provvedimento, di cui è ammesso il sindacato del giudice amministrativo.

Le considerazioni fin qui esposte sono il punto di partenza necessario per la successiva trattazione dei contratti di rendimento energetico nel sistema giuridico italiano.

1.2 Il contratto di rendimento energetico (EPC) nell'ordinamento giuridico italiano

Contratto di rendimento energetico è la libera traduzione italiana di *Energy Performance Contract* (acronimo: EPC), negozio giuridico che a livello europeo è già da tempo normato e applicato. L'art.2 del d.lgs. 30 maggio 2008, n.115, in recepimento della direttiva 2006/32/CE, lo definisce:

1) "contratto di rendimento energetico": 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.

La pubblicazione della nuova direttiva 2012/27/UE, che propone l'ambizioso obiettivo di efficienza energetica dell'Unione pari al 20% entro il 2020 e che non è ancora stata recepita da un'Italia in forte ritardo⁷, ha modificato tale definizione all'art.1 nel modo seguente:

⁵ A. MASSERA, *Contratti con la Pubblica Amministrazione*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, a cura di S. CASSESE, Dott. A. Giuffrè Editore 2006

⁶ *Contratti della pubblica amministrazione* in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, www.treccani.it

⁷ In materia, l'ultima direttiva tradotta nel nostro ordinamento dal d.l. 4 giugno 2013, n. 63 è la 2010/31/UE, riguardante la prestazione energetica nell'edilizia.

«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, laddove siano erogati investimenti (lavori, forniture o servizi) nell'ambito della misura in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica stabilito contrattualmente o di altri criteri di prestazione energetica concordati, quali i risparmi finanziari».

In sostanza, un beneficiario pubblico o privato concorda contrattualmente con un fornitore, il quale, invece, è necessariamente una ESCO⁸, quanto l'efficienza di un dato sistema energetico debba migliorare. Il fornitore si impegna a finanziare gli investimenti in vista dell'efficientamento dell'impianto/edificio e in cambio riceve dal beneficiario un canone che è remunerativo dell'investimento iniziale. In capo al primo viene a crearsi un'obbligazione di risultato, mentre al secondo corrisponde solitamente, oltre al pagamento del canone, il rispetto di talune norme di comportamento, così che la valutazione della *performance* finale non risulti distorta. Il sinallagma contrattuale che ne deriva si sostanzia in un *do ut facias*: l'erogazione di un servizio energetico verso un corrispettivo in denaro. Sicché, l'EPC presenta somiglianze con diversi altri tipi contrattuali, senza tuttavia appartenere a nessuno di questi: il contratto di rendimento energetico è, di fatto, un contratto atipico⁹.

Sempre dalla definizione, è desumibile che un ruolo principe nel raggiungimento dello scopo del contratto è rappresentato dalla fase antecedente alla stipula dello stesso, inerente alla progettazione dell'intervento di riqualificazione del sistema. Essa deve tener conto di una gran quantità di variabili riscontrabili nel concreto, nonché della fattibilità tecnica e economica del progetto.

Altresì, il sistema di garanzie, delle penali e dei bonus assume un'importanza fondamentale nel raggiungimento degli obiettivi fissati contrattualmente, sia per il fatto che l'EPC è un contratto di durata, sia perché la riqualificazione degli impianti/edifici in oggetto non è sempre agevole. Di ciò si dirà maggiormente nel corso della trattazione.

In attesa del recepimento della direttiva 2012/27/UE, che deve avvenire entro il 5 giugno 2014, la principale fonte normativa nell'ordinamento giuridico italiano riguardante gli EPC è il d.lgs. 115/08, che ha recepito la citata direttiva 2006/32/CE concernente l'efficienza degli usi finali dell'energia e i servizi energetici e recante abrogazione della direttiva 93/76/CEE. L'obiettivo della 2006/32/CE era conseguire il 9% di risparmio energetico a livello dell'Unione entro il 2016, attraverso la costituzione di un mercato dei servizi energetici senza barriere. In questa sede, è nostro interesse evidenziare specialmente quanto sancito nel considerando n.7:

La presente direttiva si prefigge pertanto non solo di promuovere ulteriormente l'offerta di servizi energetici ma anche di incentivare maggiormente la domanda. In ogni Stato membro il settore pubblico dovrebbe quindi dare il buon esempio per quanto riguarda gli investimenti, la manutenzione ed altre spese riguardanti attrezzature che consumano energia, i servizi energetici nonché altre misure di miglioramento dell'efficienza energetica. Il settore pubblico dovrebbe pertanto essere incoraggiato a integrare le considerazioni relative al miglioramento dell'efficienza energetica nei suoi investimenti, ammortamenti fiscali e bilanci di funzionamento. Inoltre, il settore pubblico dovrebbe sforzarsi di applicare criteri di efficienza energetica in ogni procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici [...]. Tenuto conto della grande diversità delle strutture amministrative negli Stati membri, i vari tipi di misure che il settore pubblico può adottare dovrebbero essere prese al livello appropriato nazionale, regionale e/o locale.

⁸ Acronimo di *Energy Service Company*, di cui si dirà meglio al par. 2.1.1 del seguente capitolo.

⁹ Per un approfondimento sui rapporti con altri modelli contrattuali, si rimanda al par. 2.2.2 del seguente capitolo.

È dunque sulle pubbliche Amministrazioni che ricade il compito di mostrarsi virtuose non solo nell'erogazione di servizi, negli investimenti e nella manutenzione degli impianti/edifici, favorendo l'utilizzo degli strumenti volti al risparmio e all'efficientamento, ma anche nella scelta del contraente, laddove devono essere privilegiati i concorrenti che offrono maggiori garanzie di efficienza energetica. Così, ai sensi dell'art.5 della presente direttiva, viene previsto l'obbligo per gli Stati membri, fatta salva la normativa nazionale e comunitaria in materia di appalti pubblici, di far rispettare ai propri settori pubblici, nel contesto del ruolo esemplare che essi svolgono, almeno due delle prescrizioni contenute nell'Allegato VI, "Elenco di misure ammissibili di efficienza energetica per gli appalti pubblici"¹⁰ e l'obbligo di pubblicare orientamenti in materia di efficienza e risparmio energetico, quali possibili criteri di valutazione in sede di aggiudicazione degli appalti pubblici.

Il 30 maggio 2008, il d.lgs. n. 115 recepisce la direttiva 2006/32/CE, con l'obiettivo espresso all'art.1 di contribuire al miglioramento della sicurezza dell'approvvigionamento energetico e alla tutela dell'ambiente attraverso la riduzione delle emissioni di gas a effetto serra. Per adempiere a tali finalità, venivano definiti gli incentivi e il quadro istituzionale, finanziario e giuridico necessari ad eliminare le barriere e le imperfezioni esistenti nel sistema economico, ostanti a un efficiente uso finale dell'energia, in modo da creare le condizioni per lo sviluppo di un libero mercato dei servizi energetici. Quindi, erano stabilite norme tecniche per il calcolo empirico della misura di efficientamento.

Come previsto dall'art.4, l'ENEA veniva incaricata di fornire supporto tecnico-scientifico alla Pubblica Amministrazione, di diffondere l'informazione sugli strumenti e sulla normativa atti a favorire il risparmio energetico e di individuare le misure adatte a una semplificazione amministrativa nei settori dell'edilizia e delle fonti rinnovabili. Per fare ciò, veniva costituita all'interno dell'ENEA l'Unità per l'efficienza energetica, operante secondo un proprio piano di attività, costituita senza nuovi o maggiori oneri, né minori entrate a carico della finanza pubblica e nell'ambito delle risorse disponibili. Essa avrebbe avuto fondamentali compiti di monitoraggio e programmazione, raccogliendo i dati a livello nazionale e locale riguardanti i risultati conseguiti in ambito di efficienza energetica e vigilando sui provvedimenti adottati (sempre art.4), redigendo poi il "Rapporto annuale per l'efficienza energetica" (art.5). Infine, nell'ambito degli incentivi, l'Unità

¹⁰ DIRETTIVA 2006/32/CE, ALLEGATO VI, "Elenco di misure ammissibili di efficienza energetica per gli appalti pubblici":

- a) obbligo di ricorrere agli strumenti finanziari per i risparmi energetici, compresi i contratti di rendimento energetico, che prevedono un risparmio energetico misurabile e predeterminato (anche qualora le pubbliche amministrazioni abbiano esternalizzato delle competenze);
- b) obbligo di acquistare attrezzature e veicoli sulla base di elenchi di specifiche di efficienza energetica di diverse categorie di attrezzature e di veicoli. Tali elenchi dovranno essere elaborati dalle autorità o agenzie di cui all'articolo 4, paragrafo 4, avvalendosi, all'occorrenza, di un'analisi del costo minimo del ciclo di vita o di metodi comparabili per garantire un buon rapporto costo/efficacia;
- c) obbligo di acquistare attrezzature con ridotto consumo energetico in tutte le modalità, compresa la modalità stand-by, avvalendosi, all'occorrenza, di un'analisi del costo minimo del ciclo di vita o di metodi comparabili per garantire un buon rapporto costo/efficacia;
- d) obbligo di sostituire o adeguare le attrezzature e i veicoli esistenti con le attrezzature di cui alle lettere b) e c);
- e) obbligo di utilizzare diagnosi energetiche e di attuare le risultanti raccomandazioni ai fini di un buon rapporto costo/efficacia;
- f) obbligo di acquistare o di dare in affitto edifici o parti di edifici a basso consumo energetico o obbligo di sostituire o adeguare edifici o parti di edifici acquistati o presi in affitto, allo scopo di renderli più efficaci sotto il profilo energetico.

avrebbe dovuto elaborare le nuove schede di valutazione semplificata dei risparmi dei c.d. certificati bianchi.

Gli articoli dal 12 al 15 del Capo IV¹¹ sono interamente dedicati a quel settore pubblico virtuoso conclamato dall'art. 5 della direttiva 2006/32/CE: la Pubblica Amministrazione deve dotarsi di apparecchiature, autoveicoli, impianti e attrezzature a basso consumo energetico e, in particolare nell'edilizia pubblica, è chiamata a operare mediante i seguenti strumenti:

- a) il ricorso, anche in presenza di esternalizzazione di competenze, agli strumenti finanziari per il risparmio energetico per la realizzazione degli interventi di riqualificazione, compresi i contratti di rendimento energetico, che prevedono una riduzione dei consumi di energia misurabile e predeterminata;
- b) le diagnosi energetiche degli edifici pubblici o ad uso pubblico, in caso di interventi di ristrutturazione degli impianti termici, compresa la sostituzione dei generatori, o di ristrutturazioni edilizie che riguardino almeno il 15 per cento della superficie esterna dell'involucro edilizio che racchiude il volume lordo riscaldato;
- c) la certificazione energetica degli edifici pubblici od ad uso pubblico, nel caso in cui la metratura utile totale supera i 1000 metri quadrati, e l'affissione dell'attestato di certificazione in un luogo, dello stesso edificio, facilmente accessibile al pubblico, ai sensi dell'articolo 6, comma 7, del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 192¹².

Ancora, la certificazione energetica è necessaria per la ristrutturazione delle strutture della Pubblica Amministrazione e per quelle di nuova costruzione.

Infine, il garante del rispetto degli obblighi in capo alla P.A., di cui agli articoli 13, 14 e 15, e la persona incaricata di trasmettere all'Unità una scheda informativa degli interventi e delle azioni a promozione dell'efficienza energetica intrapresi è il responsabile del procedimento (art.12), individuato secondo quanto prescritto dagli articoli 4 e ss. della l. 241/90.

È evidente che migliorare la *performance* energetica degli edifici resta uno degli oggetti principali dell'EPC, insieme o in alternativa alla riqualificazione degli impianti, alla manutenzione e alla fornitura dei vettori energetici. E proprio la prestazione energetica nell'edilizia viene normata dalla direttiva 2010/31/UE sulla prestazione energetica nell'edilizia, recepita dal d.l. del 4 giugno 2013, n.63, convertito nella legge n.90 del 3 agosto 2013. All'art.1 comma 2°, il decreto legge si propone di stabilire, condizioni e modalità per: a) migliorare le prestazioni energetiche degli edifici; b) favorire lo sviluppo, la valorizzazione e l'integrazione delle fonti rinnovabili negli edifici; b-bis) determinare i criteri generali per la certificazione della prestazione energetica degli edifici e per il trasferimento delle relative informazioni in sede di compravendita e locazione; b-ter) effettuare le ispezioni periodiche degli impianti per la climatizzazione invernale ed estiva al fine di ridurre il consumo energetico e le emissioni di biossido di carbonio; c) sostenere la diversificazione energetica; d) promuovere la competitività dell'industria nazionale attraverso lo sviluppo tecnologico; e) coniugare le opportunità offerte dagli obiettivi di efficienza energetica con lo sviluppo di materiali, di tecniche di costruzione, di apparecchiature e di tecnologie sostenibili nel settore delle costruzioni e con l'occupazione; f) conseguire gli obiettivi nazionali in materia energetica e ambientale; g) razionalizzare le procedure nazionali e territoriali per l'attuazione delle

¹¹ Gli articoli citati hanno il seguente titolo: "Efficienza energetica del settore pubblico", "Edilizia pubblica", "Apparecchiature e impianti per la pubblica amministrazione", "Procedure di gara".

¹² Art.13, d.lgs. 115/08

normative energetiche al fine di ridurre i costi complessivi, per la pubblica amministrazione e per i cittadini e per le imprese; h) applicare in modo omogeneo e integrato la normativa su tutto il territorio nazionale; h-bis) assicurare l'attuazione e la vigilanza sulle norme in materia di prestazione energetica degli edifici, anche attraverso la raccolta e l'elaborazione di informazioni e dati; h-ter) promuovere l'uso razionale dell'energia anche attraverso l'informazione e la sensibilizzazione degli utenti finali.

Inoltre, l'art.5 comma 3° ha disposto che l'ENEA elabori un contratto-tipo per il miglioramento del rendimento energetico dell'edificio, analogo al contratto di rendimento energetico europeo, entro 90 giorni dall'entrata in vigore del decreto-legge. Esso è tuttora in fase di preparazione.

Tuttavia, nell'elaborazione del contratto-tipo EPC, l'ENEA sta adottando le disposizioni già contenute nell'Allegato XIII "Elementi minimi che devono figurare nei contratti di rendimento energetico sottoscritti con il settore pubblico o nel relativo capitolato d'appalto"¹³ della direttiva 2012/27/UE, anticipandone di fatto il recepimento per ciò che riguarda i contratti di rendimento energetico.

1.3 L'iter procedurale per la conclusione dei contratti di rendimento energetico e l'affidamento del contratto a terzi

La Pubblica Amministrazione che intenda stipulare un contratto di rendimento energetico è tenuta a rispettare una serie di disposizioni, previste dal d.lgs. 115/08, volte a tutelare l'equa competizione tra gli offerenti, a garantire il maggior rapporto qualità/prezzo dell'intervento per il soggetto pubblico e a conseguire l'efficienza energetica in oggetto.

Anzitutto, prima della pubblicazione del bando di gara, la Pubblica Amministrazione individua gli edifici/impianti su cui operare la ristrutturazione, avvalendosi del supporto dell'Unità per

¹³ DIRETTIVA 2012/27/UE, ALLEGATO XIII "Elementi minimi che devono figurare nei contratti di rendimento energetico sottoscritti con il settore pubblico o nel relativo capitolato d'appalto"

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

l'efficienza energetica dell'ENEA, e procede alla raccolta dati per una diagnosi energetica (art.13, d.lgs. 115/08) volta a stabilire la fattibilità tecnico-economica dell'opera. In essa, la P.A. determina il tipo di intervento più idoneo all'impianto/edificio e il sistema di tariffazione, nonché esamina i consumi, i costi di gestione e di realizzazione del nuovo impianto, confrontandoli con quelli del precedente.

Nel caso in cui venga riscontrata l'opportunità di ottenere un risparmio energetico e un aumento della produttività dell'impianto/edificio tali da garantire il recupero in tempi ragionevoli dell'investimento iniziale, la Pubblica Amministrazione procede alla redazione e alla pubblicazione di un bando di gara, dove sono contemplate le specifiche tecniche atte a soddisfare le sue necessità.

Il d.lgs. 115/08 non specifica quali siano i soggetti che possono partecipare alla gara, né se questi debbano essere in possesso di particolari requisiti. Tuttavia, poiché la Stazione appaltante è una Pubblica Amministrazione, si ritiene che i partecipanti debbano essere in possesso quanto meno dei requisiti generali per lo svolgimento del servizio e per l'esecuzione dei lavori, stabiliti dall'art.38 e dagli artt. 40 e ss. del d.lgs. 163/06. Resta comunque facoltà dell'offerente ricorrere all'istituto dell'avvalimento, che gli permette di partecipare alla gara pur essendo privo dei requisiti richiesti, ma facendo riferimento a quelli in possesso di un altro operatore economico, che, pur rimanendo esterno, si impegna a fornire il supporto necessario.

Coloro che intendano presentare delle offerte devono dare conto in esse della percentuale di risparmio rispetto al consumo stabilito dal bando di gara. Inoltre, vanno specificati l'investimento che l'offerente è disposto a sostenere, la percentuale di risparmio da riconoscere alla P.A. e la durata del contratto.

Per quanto riguarda le procedure di scelta del contraente, l'art.15 del d.lgs. 115/08 rimanda a quelle regolate dall'art.55 del d.lgs. 163/06: le procedure aperte e le procedure ristrette; mentre il criterio che deve essere utilizzato è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art.15), intesa come previsto dall'art.83 dello stesso d.lgs. 163/06. Dunque, la commissione di gara adotta una valutazione discrezionale ampia, che tiene conto di molteplici fattori, tra cui l'affidabilità del concorrente, gli elementi tecnici-gestionali proposti, le tempistiche di realizzazione dell'intervento, l'utilizzo di materiali ecocompatibili, la professionalità dell'offerente, ecc. Ciò non toglie che la *performance* (e, di conseguenza, il risparmio garantito) sembra restare l'elemento più apprezzato nella valutazione¹⁴.

Infine, il vincitore della gara stipula un contratto direttamente con la Pubblica Amministrazione e, in base ad esso, prende in consegna gli impianti/edifici su cui è previsto l'intervento e se ne assume la responsabilità. Da parte sua, la P.A. è tenuta a individuare le due figure vigilanti sullo svolgimento dell'intervento: il direttore dei lavori e il collaudatore dell'impianto finale.

In questa sede, è opportuno trattare anche alcuni degli aspetti pubblicistici dei contratti di rendimento energetico stipulati da un soggetto pubblico. Del resto, come si può agevolmente notare,

¹⁴ P. PISELLI, V. CAPUZZA e A. LECCESE, *Il risparmio energetico nella pubblica amministrazione*, in *Il contratto di rendimento energetico. Energy performance contract*, a cura di P. PISELLI, UTET 2011

il d.lgs. 115/08 ha posto norme specifiche riguardo all'affidamento degli EPC, ma non riguardo al rapporto contrattuale.

In particolare, è necessario porre attenzione su quanto accade all'affidamento del contratto a terzi. Escluse le norme espressamente richiamate dal d.lgs. 115/08 e l'art.30 del d.lgs. 163/06, l'EPC, in quanto assimilabile al contratto di concessione di servizio, non è soggetto al *Codice dei contratti pubblici*. Dunque, l'affidamento delle prestazioni da parte del fornitore (salvo che questi non sia a sua volta una Pubblica Amministrazione) a un terzo non dovrebbe essere sottoposto alle norme sull'evidenza pubblica. Tuttavia, in virtù del fatto che il possesso dell'impianto/edificio è in capo a un soggetto pubblico, il terzo affidatario deve rispondere ai requisiti generali, previsti dall'art.38 del d.lgs. 163/06, e ai requisiti di qualificazione contenuti nel d.p.r. 207/2010, nonché alle norme antimafia. Tale cautela è indispensabile, essendo il settore degli appalti pubblici particolarmente colpito dall'azione della criminalità organizzata¹⁵.

Cap. secondo – Gli elementi del contratto di rendimento energetico

2.1 I soggetti del contratto

2.1.1 La Pubblica Amministrazione e le Energy Service Companies (ESCO)

Si è accennato in precedenza che i soggetti protagonisti del negozio giuridico, che si sostanzia nel contratto di rendimento energetico, possono essere un privato o una Pubblica Amministrazione dalla parte del beneficiario e necessariamente una ESCO dalla parte del fornitore. È opportuno evidenziare il fatto che oggetto della seguente trattazione saranno soltanto i rapporti tra P.A. ed ESCO; non si darà conto dell'eventualità in cui la parte del beneficiario venga occupata da un privato¹⁶.

Sinora, per esigenze di semplicità, si è sempre accennato a una non meglio definita Pubblica Amministrazione in relazione all'EPC. Adesso, invece, preme specificare che essa va intesa come previsto dal d.lgs. 30 marzo 2001, n.165¹⁷, all'art.1, comma 2°:

Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300.

¹⁵ *Ibidem*

¹⁶ Ciò per ovvie ragioni di coerenza della trattazione. Si rimanda a *Il contratto di rendimento energetico. Energy performance contract*, a cura di P. PISELLI, UTET, 2011, pp. 94 ss.

¹⁷ “Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche” o comunemente conosciuto come *Decreto o Testo Unico sul pubblico impiego*

Non solo: nell'individuazione degli attori in oggetto, deve aggiungersi a quest'ampio elenco la definizione di Pubblica Amministrazione elaborata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, quale caratterizzata dall'essere "incaricata nell'esercizio di pubblici poteri e responsabile della tutela degli interessi dello Stato e delle altre collettività pubbliche"¹⁸. Il risultato così ottenuto accomuna un numero incredibilmente elevato di attori, non appartenenti soltanto a quei soggetti pubblici descritti dal lungo elenco del d.lgs. 165/01, ma anche privati incaricati di esercitare potestà pubblicistiche nell'interesse della comunità nazionale.

Dalla parte del fornitore, il contratto di rendimento energetico rappresenta lo strumento proprio delle *Energy Service Companies* (acronimo: ESCO), definite dall'art.2 del d.lgs. 115/08 come:

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.

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'Artigianato¹⁹, 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 raggiunti²⁰.

È proprio il risultato conseguito a 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 delle spese, la ESCO potrebbe non rientrare tempestivamente o affatto dell'investimento iniziale o non realizzare

¹⁸ Sent. 2 luglio 1996, cause C-473/93, C-173/94, C-290/94

¹⁹ "Efficienza e risparmio energetico negli usi finali".

²⁰ L'argomento sarà trattato in maniera sistematica nel par. 2.2.1.

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 affidabile²¹.

Mentre in Europa il modello delle ESCO è ampiamente diffuso e praticato (per i motivi accennati in precedenza e che verranno affrontati più compiutamente in seguito), 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.

La prima è certamente quella che impedisce maggiormente il dispiegarsi delle potenzialità del mercato delle ESCO italiane: visto ancora come un settore pionieristico nonostante i grandi risultati di risparmio conseguiti all'estero, l'affidarsi a un'impresa per stipulare un EPC è guardato con sospetto e scetticismo dai possibili beneficiari, pubblici e privati. Ma, soprattutto, grande incertezza è avvertita nel sistema bancario, con conseguenze drammatiche: esso assume il ruolo essenziale di fornire liquidità alle ESCO, che i più delle volte non dispongono nell'immediato delle risorse necessarie ad anticipare le spese dell'intervento. Dunque, senza lo strumento del finanziamento tramite terzi²², la diffusione degli strumenti più efficienti di risparmio energetico resta amaramente compromessa.

Per venire incontro alle esigenze strettamente connesse all'incertezza degli istituti di credito, si stanno facendo decisi passi in avanti. Anzitutto, sono stati definiti degli standard di qualità e professionalità riferiti specificatamente alle ESCO, tra i quali il rilascio di certificati di efficienza energetica (c.d. certificati bianchi). Inoltre, nell'elaborazione del *format* dell'EPC, l'ENEA proporrà al Ministero dello Sviluppo Economico un innovativo sistema di rafforzamento dei vincoli contrattuali da affiancare alle garanzie reali. Di ciò, se ne darà conto nel par. 2.5, interamente dedicato all'argomento.

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 normativa, che, nell'ambito di EPC ed ESCO, 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 indipendenti²³ 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

²¹ Per una più approfondita trattazione riguardo il raggiungimento della *performance* idonea, obiettivo del beneficiario e del fornitore, si rimanda sempre al par. 2.2.1 del presente capitolo.

²² In questa sede, poiché rientra in una materia squisitamente economica, che esula dal tema della presente ricerca, preferiamo non entrare in un'analisi specifica del finanziamento tramite terzi, strumento di ingegneria finanziaria appositamente elaborato per gli EPC, che porta un soggetto terzo (solitamente un istituto di credito) ad assumere su di sé i rischi connessi all'investimento iniziale ottenendo in cambio una quota sul risparmio energetico conseguito. Ancora, per un brillante esame dello strumento in oggetto e delle resistenze che incontra nel suo utilizzo da parte del sistema bancario, rimandiamo a C. COSCARELLA, *Aspetti economico-finanziari dell'EPC*, in *Il contratto di rendimento energetico. Energy performance contract*, a cura di P. PISELLI, UTET, 2011, pp. 169 ss., e al rapporto tecnico FIRE, *Società di servizi energetici e finanziamento tramite terzi*, www.fire-italia.it

²³ Segnatamente dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas

accessibilità, tutta la disciplina venisse racchiusa in un Testo Unico, così come è già avvenuto per la materia dei rifiuti²⁴.

2.1.2 Il partenariato pubblico-privato

Un ulteriore strumento che possa garantire l'aumento della domanda degli interventi di efficientamento energetico e che merita una specifica trattazione è il c.d. contratto di partenariato pubblico-privato. Con esso si intende un particolare genere di accordo finalizzato a superare il problema della perenne scarsità di risorse della nostra Pubblica Amministrazione, attraverso una partecipazione dei privati agli investimenti. Così, viene data la possibilità alle imprese private di collaborare con la P.A. nella realizzazione di opere aventi pubblica utilità.

Possono distinguersi due forme di partenariato: una contrattuale e una istituzionalizzata. La prima vede il soggetto pubblico e quello privato impegnarsi esclusivamente su una base contrattuale. Nella seconda, invece, la cooperazione tra i due avviene all'interno di una persona giuridica terza, solitamente una società di capitali a partecipazione mista. In entrambi i casi, il soggetto privato si assume la responsabilità di finanziare parte del progetto, condividendone i rischi con la P.A.²⁵

Il partenariato pubblico-privato è, inoltre, definito dal *Codice dei contratti pubblici*, al comma 15-ter dell'art.3:

Contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti.

L'articolo prosegue elencando, a titolo esemplificativo, alcuni contratti che possono rientrare nel novero del partenariato pubblico-privato: la concessione di lavori e di servizi, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Queste ultime, particolarmente diffuse a livello locale, presentano diversi problemi connessi alla conciliazione tra non sempre compatibili principi di economicità, efficacia, pubblicità e trasparenza dell'attività amministrativa ed esigenze proprie dell'attività economica dei privati, volte a ricavare un utile dall'investimento iniziale.

Inoltre, rientrano nelle ipotesi di partenariato pubblico-privato:

L'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi²⁶.

E, certamente, lo schema del finanziamento tramite terzi può essere individuato in questa tipologia di contratti.

Tuttavia, bisogna nuovamente notare che, in Italia, il partenariato pubblico-privato assume le vesti di molteplici altri istituti (la già citata azione delle società miste, il *project financing*, il *leasing*

²⁴ D.lgs. 2 febbraio 1997 n.22 (*Testo Unico sui rifiuti o Decreto Ronchi*), recentemente abrogato e ricompreso nel d.lgs. 152/06 "Norme in materia ambientale" (o *Testo Unico ambientale*)

²⁵ M. CLARICH e G. FONDERICO, *Partenariato pubblico privato*, www.ilsole24ore.com

²⁶ Sempre art. 3, comma 15-ter del d.lgs. 163/06

finanziario, ecc.), non essendo prevista un'apposita normativa di riferimento. Ancora una volta, ciò sembra inibire le potenzialità che una più attiva e consapevole partecipazione dei privati alle attività pubbliche potrebbe apportare, sia in termini di innovazione che in termini di competitività. Due fattori, questi, che, in un periodo segnato da una onnipervasiva incertezza economica, ridarebbero un nuovo slancio vitale e aprirebbero ulteriori prospettive di benessere per il Paese.

2.2 L'oggetto del contratto

2.2.1 Le prestazioni

Il contratto di rendimento energetico ha come oggetto il risparmio energetico ottenibile grazie all'individuazione, alla progettazione e alla realizzazione di un determinato livello di *performance* energetica con particolare riferimento a un impianto o edificio. Attraverso degli interventi di riqualificazione e di miglioramento del livello di efficienza di un dato sistema energetico, la ESCO permette al beneficiario (nel nostro caso, una pubblica amministrazione) di ottenere un risparmio netto sui consumi e questi, in cambio, versa un canone in funzione della riduzione della spesa²⁷. In buona sostanza, si tratterebbe di vendere una «garanzia di risparmio energetico»²⁸.

Al fine di realizzare l'oggetto del contratto, le ESCO pongono in essere una serie di prestazioni, che esse sono indirizzate a realizzare un migliore standard del *comfort* iniziale.

In una fase antecedente alla negoziazione tra le parti, la società provvede a operare un controllo preliminare sui consumi (c.d. censimento o *auditing* energetico), volto a definire la fattibilità dell'intervento e a fornire un'idea riguardo al risparmio che è possibile ottenere (c.d. risparmio medio teorico). In realtà, il monitoraggio dei consumi non è relegato alla sola fase precontrattuale, ma è un elemento costante in tutte le fasi dell'opera²⁹.

Una volta stipulato il contratto con la P.A., la ESCO progetta ed effettua tutte le attività necessarie all'efficientamento, che assumono specifiche caratteristiche tecniche in base alle concrete esigenze pratiche. Nel farlo, la società assume su di sé in parte o interamente il rischio tecnico e commerciale dell'operazione, eventualmente indebitandosi nei confronti di istituzioni finanziarie. Inoltre, si è spesso di fronte a interventi complessi, dove l'ammodernamento degli impianti/edifici deve consentire l'ottenimento di risparmi sui consumi che siano in grado di ripagare sia l'opera di efficientamento in sé, sia il costo della gestione e della manutenzione, comprensivo del costo dei vettori energetici. Infatti, è previsto che la ESCO provveda alla gestione e manutenzione degli impianti/edifici fino al momento della riconsegna degli stessi al beneficiario.

²⁷ M. SAMBATI, *Il contratto di rendimento energetico (EPC)*, www.cetri-tires.org

²⁸ V. CHIESA, *L'efficienza energetica passa anche dalle ESCO*, www.ilsole24ore.com

²⁹ Per una maggiore comprensione dell'importanza dei controlli nella struttura dell'EPC, si rimanda al par. 2.4 del presente capitolo.

Tutte le suddette attività vengono svolte dalla ESCO direttamente con personale proprio o indirettamente, delegandole a operatori esterni, purché resti ferma la sua assunzione di responsabilità³⁰.

Finora abbiamo trattato esclusivamente le prestazioni che il fornitore è chiamato a porre in essere per il miglioramento del livello di *performance* di partenza. Tuttavia, la difficoltà principale che si incontra nel tentativo di ottenere un risparmio energetico consiste nel fatto che, soprattutto nella fase di gestione, la ESCO ha bisogno della necessaria cooperazione dell'utente finale. Infatti, la riduzione dei consumi non può essere ottenuta se il beneficiario non adotta un codice comportamentale ambientalmente sostenibile, che diventi parte integrante del contratto:

«Qualsiasi apparecchiatura tecnica, finanziaria e giuridica non sarà mai in grado di sostituire il comportamento umano. Le aziende impegnate in percorsi di riqualificazione energetica (tra cui le ESCO) sono in grado di adempiere ai loro obblighi contrattuali solo se anche il comportamento degli utenti è “ambientalmente responsabile”. Di conseguenza anche il sistema di controllo del rendimento energetico non può limitarsi a misurare le prestazioni fisiche dell'edificio, ma deve rivolgere la sua attenzione anche al comportamento degli utenti. I comportamenti dell'utente possono mettere in seria discussione i bilanci energetici all'origine dello stesso EPC, creando notevole incertezza, ad esempio, sui tempi di ammortamento dell'investimento»³¹

Tali norme di comportamento dovranno essere prescritte nel protocollo tecnico che la ESCO presenta al momento della stipula del contratto di rendimento energetico con la pubblica amministrazione.

2.2.2 Confronto con modelli contrattuali affini

Il confronto tra l'EPC e alcuni modelli contrattuali affini può aiutare la comprensione di questo nuovo strumento del risparmio energetico. Di seguito analizzeremo i rapporti con i seguenti: il mandato, l'appalto, il leasing e il contratto di engineering.

L'EPC non può essere assimilato al contratto di mandato, vista la diversità dei rispettivi oggetti. Il primo, infatti, è inerente ad atti puramente materiali, quale la realizzazione di interventi di miglioramenti energetici, mentre il secondo concerne la conclusione di atti giuridici. Questi, in sede di EPC, possono essere demandati dal titolare alla ESCO e sono funzionali al raggiungimento dell'oggetto del contratto. Pertanto non si può parlare di mandato in senso tecnico. Un'ulteriore differenza è nell'assunzione del rischio di impresa da parte della ESCO, mentre nel mandato non vi è alcun obbligo di risultato, essendo richiesta solo la diligenza del buon padre di famiglia nello svolgimento dell'incarico. Infine il corrispettivo nel mandato è sempre dovuto, indipendentemente dal risultato raggiunto, mentre nell'EPC è quantificato sulla base dei risultati conseguiti.

³⁰ Ciò è previsto dalla norma UNI CEI 11352 dell'aprile 2010, intitolata “Gestione dell'energia. Società che forniscono servizi energetici (ESCO)”.

³¹ ACER Azienda Casa Emilia Romagna della Provincia di Reggio Emilia (Dott.sa Elisa Artioli, Dott. Marco Corradi, Ing. Luigi Guerra, Dott.sa Floriana Montanari, Dott.sa Sara Simonazzi, Ing. Alessandro Viglioli) e AESS Agenzia per l'energia e lo sviluppo sostenibile di Modena (Dott. Marcello Antinucci, Dott.sa Lisa Sentimenti), *L'Energy Performance Contract (EPC) nel Social Housing*, www.fresh-project.eu.

L'EPC non può essere considerato un semplice contratto di appalto, in quanto il suo contenuto estremamente tecnico e specialistico si concilia difficilmente con il modello legale dell'appalto. Sta di fatto che la principale differenza tra i due modelli si riscontra nell'oggetto. Nell'EPC, il risparmio energetico porta ad ottenere che la prestazione e la controprestazione siano identiche. È l'efficienza energetica a connotare sia la prestazione della ESCO, sia quella della pubblica amministrazione, che, nel rinunciare all'immediato godimento del risparmio conseguito, lo cede alla società come forma remunerativa dell'investimento. Nell'appalto, invece, le prestazioni non coincidono. Inoltre, mentre in quest'ultimo l'esatto adempimento è nell'esecuzione dell'opera a regola d'arte, nell'EPC è riscontrabile nel raggiungimento delle quote di risparmio previste dal contratto.

Infine il corrispettivo dell'appalto è una somma di denaro determinata, mentre nell'EPC è un canone variabile fissato in base al risparmio ottenuto, che si esaurisce in un arco temporale che può superare la fine dei lavori o la fornitura del servizio, se preventivamente concordato. Ciò al fine di consentire alla ESCO il rientro dell'investimento iniziale. Solo con il pagamento dell'ultimo canone, la P.A. acquista la proprietà di tutte le opere e delle installazioni eseguite.

Elementi comuni all'EPC possono riscontrarsi nel confronto con i c.d. contratti sociali: il contratto di leasing e il contratto di engineering, entrambi atipici.

L'EPC, in comune con il leasing, presenta l'elemento del pagamento di un canone periodico per l'intera durata contrattuale e l'acquisto della proprietà alla scadenza. Tuttavia, mentre nel leasing il canone è previsto essenzialmente per il godimento di un bene, nell'EPC il esso è la remunerazione di una serie integrata di servizi che la ESCO si impegna a fornire al cliente, insieme a un'eventuale fornitura di beni ed apparecchiature. Si differenziano, poi, nell'oggetto: nel leasing, esso è il godimento di un bene mobile o immobile, che può passare di proprietà a seguito del versamento di un prezzo di riscatto al termine del contratto; nell'EPC, invece, l'oggetto è rappresentato da:

«Un insieme di attività variamente combinate al fine del raggiungimento dell'efficienza di un dato sistema energetico già nella titolarità del cliente, con acquisto da parte di quest'ultimo della proprietà delle installazioni e delle tecnologie alla scadenza contrattuale, e senza pagamento di importi aggiuntivi rispetto al canone già corrisposto»³²

Infine, con il contratto di engineering, l'EPC presenta differenze riguardanti l'oggetto: nel primo, esso consiste nella progettazione e/o nella costruzione di una struttura imprenditoriale, mentre nel secondo è un intervento di miglioramento dell'efficienza energetica di un impianto o edificio. Quanto al corrispettivo, nell'engineering non vi è un collegamento con la *performance* dell'engineer; mentre nell'EPC il risparmio è l'elemento discriminante per il calcolo del compenso.

³² P. PISELLI, S. MAZZANTINI e A. STIRPE, Il contratto di rendimento energetico (Energy performance contract), www.treccani.it

2.2.3 Un auspicabile inversione della logica contrattuale

Gli attuali contratti di rendimento energetico sono redatti secondo l'Allegato Tecnico per l'affidamento del servizio integrato energia per le pubbliche amministrazioni, stilato da CONSIP ai sensi dell'art. 26 legge n. 488/1999 e s.m.i. e dell'art. 58 legge n. 388/2000.

Nonostante il Piano d'Azione Italiano per l'Efficienza Energetica 2011 (PAEE) e la già citata direttiva 2012/27/UE pongano l'efficienza energetica tra le priorità della strategia politica ed economica da adottare nei prossimi anni, al punto che essa appare lo strumento più efficace per raggiungere gli obiettivi di sostenibilità ambientale³³, dalla analisi dei contratti CONSIP si desume che la riqualificazione energetica degli impianti/edifici sia un obiettivo residuale. Di fatto, l'oggetto principale del contratto consisterebbe nella manutenzione degli stessi e nella fornitura del vettore energetico.

Alla luce dei recentissimi sviluppi della disciplina, la datata, ma pur sempre validissima proposta di CONSIP necessita di un'adequata revisione. Intendiamo fondare questa nostra riflessione su due considerazioni.

In primis, le attuali linee guida fornite alla P.A. per la conclusione di contratti di rendimento energetico non tengono conto della rapida evoluzione a cui è andata incontro la materia nell'ultimo decennio. In precedenza la subordinazione logica dell'efficientamento energetico alla fornitura dei vettori e alla manutenzione degli impianti/edifici poteva reputarsi ammissibile; ma oggi ciò non lo è più a causa dello specifico interesse che la normativa europea ripone nell'EPC, testimoniato sia dalla cura che la direttiva 2012/27/UE rivolge all'argomento, sia dalla previsione nel suo Allegato XIII di elenchi e indicazioni chiare e trasparenti che la pubblica amministrazione deve fornire a chiunque voglia partecipare a una gara d'appalto per concludere con essa un contratto di rendimento energetico.

La seconda considerazione, invece, riguarda la struttura del mercato energetico in Italia. Tristemente, a causa della sussistenza di barriere finanziarie, istituzionali e organizzative, un mercato italiano delle ESCO stenta ad avviarsi³⁴, mentre i servizi volti al risparmio energetico che queste dovrebbero offrire vengono erogati in via residuale dai soggetti che si occupano di fornitura e manutenzione: i grandi colossi del mercato dei vettori energetici. Così che risulta naturale chiedersi come sia possibile evitare il conflitto di interessi emergente da questa situazione, in cui chi propone una riduzione dei consumi energetici è proprio colui che quell'energia la vende!

Queste due problematiche sono coesistenti, ma distinte negli effetti: non porre rimedio alla prima vedrebbe una mancanza del nostro ordinamento nel conformarsi a quanto prescritto a livello europeo e porterebbe, dunque, a una sanzione; ignorare la seconda significherebbe inibire la portata di uno degli strumenti principi del risparmio energetico. Per questo motivo, se ci dovessimo attenere all'ordinaria diligenza, basterebbe proporre un modello di EPC che sia autonomo rispetto ai contratti di fornitura e manutenzione. Tuttavia, nella prassi, tale autonomia non è immaginabile, in quanto gli investimenti necessari per l'efficientamento energetico del parco impianti ed edifici della

³³ M. SAMBATI, *Fondo agevolato per le ESCO per l'efficienza energetica degli edifici pubblici*, www.cetri-tires.org

³⁴ Mirabile e ricco di spunti è lo studio FIRE-ENEA del 2012 dal titolo: "Un'analisi del mercato delle ESCO e dei servizi energetici", facilmente reperibile sul sito www.fire-italia.it

pubblica amministrazione comportano tempi di rientro molto lunghi e nessuna ESCO ne troverebbe la convenienza economica. La situazione di fatto rimarrebbe inalterata.

Per queste ragioni, la proposta ENEA non mira all'autonomia dell'EPC rispetto alla fornitura e alla manutenzione. Mantenendo saldo il nesso con queste, crediamo sia auspicabile un'inversione nella logica contrattuale: non più il primo subordinato alle seconde, ma l'opposto.

In buona sostanza si potrebbe prevedere un contratto che subordina la futura fornitura e manutenzione a valle della realizzazione degli interventi previsti, che rappresenteranno la prima e necessaria fase per il perfezionamento del contratto energetico in senso stretto. Dunque, il soggetto aggiudicatario dell'EPC vedrà assicurata la fornitura e manutenzione degli impianti/edifici per tutta la durata degli interventi di efficientamento. Conclusa l'opera, però, la pubblica amministrazione dovrà verificare che essa garantisca il risparmio stabilito in sede contrattuale (ad esempio, attraverso l'analisi delle norme tecniche contenute nei materiali utilizzati, la verifica della loro corretta posa in opera, ecc.) e solo allora decidere se risolvere il contratto (clausola risolutiva espressa) e rivolgersi ad altro operatore, o affidare in via definitiva la fornitura e la manutenzione al soggetto che ha posto in essere gli interventi di riqualificazione,.

In questo modo, la pubblica amministrazione ha la garanzia che gli interventi posti in essere dalla controparte siano eseguiti a regola d'arte e nel rispetto di quanto proposto nel progetto esecutivo. Infatti, le ESCO avrebbero tutto l'interesse a ottenere anche la futura manutenzione e fornitura dei vettori energetici, in quanto ciò ridurrebbe decisamente i tempi di rientro del capitale inizialmente investito negli interventi. Il risultato finale sarebbe l'emergere di una molteplicità di soggetti virtuosi sul mercato delle opere di riqualificazione, stimolandone la crescita e la competitività.

2.3 La causa del contratto

2.3.1 L'atipicità del contratto

Nel precedente paragrafo, abbiamo operato un confronto dell'EPC con alcune altre tipologie contrattuali presenti nel nostro ordinamento, evidenziandone punti in comune e differenze e notando che non si può mai giungere a una piena identificazione del contratto di rendimento energetico con nessuna di esse. Solo ora l'affermazione che più volte abbiamo ripetuto nel corso della trattazione assume un fondamento: l'EPC è un contratto atipico, certamente citato dal nostro ordinamento, ma mai puntualmente codificato.

Al pari di tutti gli altri negozi giuridici atipici, la stipula di un contratto di rendimento energetico diviene ammissibile *ex art. 1322 del Codice Civile*, il quale recita:

Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge (e dalle norme corporative).

Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

Da quanto disposto dai due commi dell'articolo, è possibile notare l'ampissima autonomia contrattuale che il legislatore ha voluto conferire ai privati: nel primo si afferma l'assoluta libertà con cui le parti possono stabilire i contenuti dell'accordo; il secondo, invece, attiene alla libera scelta del "tipo" contrattuale, mettendo in condizione le persone fisiche e giuridiche di concludere contratti "innominati" (o atipici), purché volti alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela³⁵.

Possiamo affermare che, per quanto riguarda la disciplina a cui sono sottoposti i contratti di cui non è prevista una puntuale normativa, va certamente applicato il regime imperativo di carattere generale contenuto nel Titolo II "Dei contratti in generale" del *Codice Civile*. Tale concetto è fortemente sottolineato dall'art. 1323:

Tutti i contratti, ancorché non appartengano ai tipi che hanno una disciplina particolare, sono sottoposti alle norme generali contenute in questo titolo.

Ciò non toglie che l'individuazione delle regole da applicare a tali istituti, ricavabili sia dal Titolo II del *Codice Civile*, sia da un'interpretazione estensiva o analogica di singole norme appartenenti ad altri contratti tipici, non è mai molto agevole. Dunque, nel silenzio del legislatore, nuovi e più efficaci strumenti del risparmio energetico (primi tra tutti gli EPC) sono relegati a uno spazio di minore visibilità, per via di una loro applicazione spesso complessa.

2.3.2 La funzione economica, sociale e ambientale

Siamo dell'opinione che il contratto di rendimento energetico sia meritevole di essere introdotto nel nostro ordinamento, in quanto realizza quegli interessi virtuosi di cui parla il comma 2° dell'art. 1322 del *Codice Civile*. Infatti, l'EPC trova fondamento razionale e giuridico in svariate norme di rango costituzionale e internazionale rivolte al singolo, alla collettività e alla Pubblica Amministrazione, rispondendo a funzioni economiche, sociali e ambientali.

Anzitutto, colui che costituisce una ESCO per offrire servizi energetici alla comunità lo fa nell'esercizio della libertà di impresa, non in contrasto con l'utilità sociale o recante danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana, così come sancito dall'art. 41 della Costituzione.

In secondo luogo, un utilizzo più razionale dell'energia comporta un calo nell'emissione di agenti inquinanti, favorendo, così, la tutela della salute (art.32), del paesaggio (art. 9) e dell'ambiente, quest'ultima demandata dall'art. 117 alle materie di legislazione esclusiva dello Stato. Si noti, poi, che la protezione dell'ambiente è uno degli obiettivi fondamentali a cui mira l'azione europea, già prevista dal TCE all'art. 174 e ora recepita dagli artt. 191-193 del TFUE. E, seppure non sia ancora assurta a norma consuetudinaria del diritto internazionale per via di una prassi non generalizzata da parte degli Stati, un'autorevole dottrina parla della tutela ambientale come una consuetudine in via di formazione³⁶.

In terzo luogo, il conseguimento di un netto miglioramento della *performance* energetica degli edifici e degli impianti della P.A. risponde pienamente al principio di buon andamento dell'attività amministrativa. In particolare, la stipula di un contratto di rendimento energetico rappresenta un

³⁵ A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di Diritto Privato*, a cura di F. ANELLI e C. GRANELLI, Dott. A. Giuffrè Editore, 2011

³⁶ B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2010

deciso passo in avanti sotto il profilo dell'efficacia dell'azione di governo, in quanto consente di raggiungere il conclamato obiettivo della riduzione degli sprechi di risorse, e sotto quello dell'efficienza, giacché l'EPC risulta lo strumento più adatto e meno gravoso per la finanza pubblica in materia di risparmio energetico.

Infine, si rende necessaria un'ultima considerazione che metta in relazione l'efficacia degli ultimi ritrovati giuridici per il conseguimento del risparmio energetico e la struttura organizzativa della pubblica amministrazione. La disciplina introdotta dal nuovo art. 117 Cost. suddivide la materia in tre potestà legislative statali, regionali e concorrenti: di competenza della legge statale resta la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema e la tutela della concorrenza; materie concorrenti sono quelle inerenti alla ricerca scientifica e tecnologica, al sostegno all'innovazione per i settori produttivi, alla tutela della salute e al governo del territorio; la legge regionale può, invece, intervenire in via residuale sul resto. Su di un quadro normativo tanto eterogeneo, le fonti comunitarie e il diritto internazionale svolgono un ruolo unificante³⁷. Per quanto riguarda, invece, l'ambito delle competenze amministrative, è necessario fare riferimento al d.lgs. 112/1998, ma anche e in particolar modo all'ampia legislazione regionale.

Bisogna altresì osservare che la mera allocazione di competenze su più livelli, soprattutto in materia di diritto dell'energia, non è sufficiente qualora non si affianchi ad essa un'adeguata programmazione regionale, attraverso piani energetici, previsti già dall'art.5 della l. 10/1991, che avvicininno l'amministrazione ai cittadini e agli enti locali, operando un decisivo snellimento della macchina burocratica regionale. Se ciò non accade, il principio di sussidiarietà previsto dall'art.118 della Costituzione rimane lettera morta³⁸.

2.4 Le garanzie e gli strumenti di rafforzamento del vincolo contrattuale

Occorre ora focalizzare la nostra attenzione su quanto si verifica se il risultato di miglioramento dell'efficienza energetica concordato nell'EPC venga raggiunto in misura minore o maggiore dalla ESCO. In questi casi, intervengono le garanzie e gli strumenti alternativi di rafforzamento del vincolo contrattuale, quali penali e premi.

Il codice civile non prevede una definizione del concetto giuridico di garanzia, ma si limita a individuarne due distinte categorie: le garanzie reali, come pegno e ipoteca, e le garanzie personali, quali fideiussione e deposito cauzionale.

Le garanzie applicabili al contratto di rendimento energetico sono prevalentemente garanzie personali. Il ricorso a tali garanzie consentirebbe, con il deposito cauzionale, di costituire un vincolo

³⁷ V. ANTONELLI, *I raccordi interistituzionali nella dialettica con l'Unione europea*, in *Le Regioni italiane nei processi normativi comunitari dopo la legge n.11/2005*, a cura di G. CARPANI, T. GROPPi, M. OLIVETTI e A. SINISCALCHI, Bologna, 2007, pp. 41 ss.

³⁸ 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. CARLI, G. CARPANI, M. CECCHETTI, T. GROPPi e A. SINISCALCHI, Bologna 2008, pp. 275 ss.

sul patrimonio personale del soggetto contraente; oppure sul patrimonio di un soggetto terzo (c.d. garante), in caso di fideiussione.

Da un breve *excursus* generale sulle varie forme di garanzie personali si evince che la più comune è la fideiussione, disciplinata dagli artt. 1936 e ss. del *Codice Civile*. Essa ha natura accessoria, poiché si intende prestata nei limiti del rapporto obbligatorio principale, laddove il garante può azionare verso il creditore tutte le eccezioni opponibili dal debitore principale.

Sempre personale è la garanzia a prima richiesta (*species* del *genus* della fideiussione), che attribuisce il vantaggio di una maggiore azionabilità del credito rispetto allo schema tipico della precedente. Essa costituisce una forma di garanzia atipica di pagamento incondizionato ed irrevocabile in cui l'obbligazione di garanzia è svincolata dall'obbligazione principale ed è escutibile con la semplice richiesta.

Anche il deposito cauzionale, al pari della fideiussione, viene prestato a copertura degli oneri per l'eventuale inadempimento contrattuale. Tuttavia, differisce da quella perché implica l'immobilizzazione preventiva del capitale per tutta la durata del contratto e non prevede il coinvolgimento di un soggetto terzo rispetto al rapporto principale dedotto.

Se, come si è detto, è possibile prevedere garanzie personali in riferimento ai contratti di rendimento energetico, la loro applicazione non consente di soddisfare celermente le aspettative di credito vantate dalla pubblica amministrazione nei confronti della ESCO inadempiente. Dunque pare preferibile affiancare alle tradizionali forme di garanzia altri strumenti di rafforzamento del vincolo contrattuale.

La penale non è una garanzia in senso proprio: la dottrina la identifica come uno strumento negoziale efficace nell'ottica di rafforzare il vincolo contrattuale e la soddisfazione delle pretese del creditore, «data la sua potenziale capacità di sanzionare sul nascere un inadempimento»³⁹.

Rispetto alla garanzia fideiussoria, la penale evita il coinvolgimento di un soggetto terzo che pone il proprio capitale a garanzia dei debiti altrui. Rispetto al deposito cauzionale, invece, essa presenta il vantaggio di evitare l'immobilizzazione delle somme dovute a scopo cauzionale. È sufficiente, inoltre, la prova dell'inadempimento rispetto ad un'obbligazione specifica dedotta in contratto perché la parte inadempiente sia obbligata a corrispondere l'importo prestabilito.

L'applicazione delle penali ai contratti di rendimento energetico risulta, dunque, un valido ed efficace rimedio contrattuale per il beneficiario, qualora sia accertato dall'esito delle diagnosi energetiche il mancato raggiungimento della soglia attesa di risparmio da parte del fornitore. Nel caso in cui il beneficiario sia un'amministrazione pubblica, l'importo della penale potrebbe essere dedotto dai certificati di pagamento relativi agli acconti del corrispettivo di appalto di servizi, nella stessa misura della percentuale del mancato risparmio garantito, se non diversamente stabilito.

Poiché l'inclusione di una clausola penale deve essere necessariamente negoziata dalle parti e poiché essa ha natura vessatoria, potrebbe non essere facile convincere una ESCO ad accettarla *sic*

³⁹ G. PUPPO, *Contratto di outsourcing e global service: aspetti legali e contrattuali*, in *Manutenzione Tecnica e Management*, Settembre 2006, p. 17.

et simpliciter. Di conseguenza, riteniamo che la sanzione debba essere bilanciata da un profilo di premialità, da una clausola di *bonus*.

Lodevole è l'iniziativa della provincia Treviso, che, nell'ambito di interventi di riqualificazione energetica sul patrimonio edilizio scolastico, ha stipulato un contratto formulato secondo un modello EPC, in cui la penale prevista nei casi di mancato raggiungimento dell'obiettivo di risparmio energetico veniva temperata dall'applicazione di bonus pari al 50% delle economie realizzate sul costo dell'energia, in caso di una *performance* superiore a quanto stabilito⁴⁰.

Ovviamente, la mancata osservanza delle norme comportamentali a cui l'utenza dei locali sottoposti ad intervento deve attenersi per non falsare la misura dell'adempimento, non comporta applicazione di penali alla ESCO.

Conclusioni

Lo studio fin qui svolto, senza avere la pretesa di aver risolto tutte le problematiche nell'applicazione giuridica del contratto EPC, vuole essere un momento di riflessione e un punto di partenza al fine di consentire una più ampia diffusione in Italia dell'innovativo strumento contrattuale.

Ci rendiamo conto che la risoluzione dei problemi legati agli aspetti giuridici da sola non è sufficiente allo sviluppo e all'estensione di tale pratica contrattuale se ad essa non si affianchi una radicale revisione degli strumenti finanziari.

Per concludere ci sembra opportuno riportare uno stralcio dell'articolo apparso sul SOLE 24 il 21 febbraio 2013 a firma di Michela Finizio "fondi immobiliari e contratto EPC in cerca di credito per le riqualificazioni"

«A frenare gli investitori sono i rischi legati alla complessità di un'operazione di efficienza energetica: il rispetto dei tempi e dei preventivi nella fase di realizzazione; le performance reali degli interventi di recupero, che non sempre fanno risparmiare quanto stabilito nella fase di progetto; i consumi dipendono dall'utilizzo, più o meno intensivo, e dalle condizioni climatiche; il costo unitario del vettore energetico (gas, elettricità) è soggetto a variazioni; il rientro dei capitali investiti dipende dal rispetto delle modalità di pagamento dei proprietari o inquilini.

«Questi rischi vanno ripartiti tra il soggetto che consuma, la società che realizza la riqualificazione e il soggetto finanziatore», spiega Alessandro Porta di Johnson Controls, società che nel mondo realizza importanti interventi di retrofit degli edifici, per ultimo quello del Museo Ebraico di Berlino. «In Italia si fatica a lavorare perché mancano forme contrattuali che garantiscano i finanziatori», aggiunge Porta... (omissis)...«In Italia alcune Escos diventano anche soggetti investitori – racconta Porta – ma dopo qualche intervento le loro capacità finanziarie si esauriscono. Si sente appunto la mancanza del mercato finanziario: nonostante la garanzia del risultato, gli istituti di credito sono riluttanti a sostenere la riqualificazione energetica. Per questo potrebbe facilitare l'istituzione di un fondo di garanzia».

⁴⁰ A. ZONTA, *Provincia di Treviso: la terza generazione del Global Service per il patrimonio scolastico*, in *Facilitymanagement*, Marzo 2012, pp. 39-40.

Bibliografia

CER e AESS (manuale), *L'Energy Performance Contract (EPC) nel Social Housing*, in www.fresh-project.eu, 2012

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. CARLI, G. CARPANI, M. CECCHETTI, T. GROPPI e A. SINISCALCHI, Bologna, 2008

V. ANTONELLI, *I raccordi interistituzionali nella dialettica con l'Unione europea*, in *Le Regioni italiane nei processi normativi comunitari dopo la legge n.11/2005*, a cura di G. CARPANI, T. GROPPI, M. OLIVETTI e A. SINISCALCHI, Bologna, 2007

A. AZARA e E. EULA (a cura di), *Novissimo Di Gesto Italiano*, Torino, 1959

S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006

V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2012

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

B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2010

Contratti della pubblica amministrazione, definizione in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, www.treccani.it

L. CUOCOLO, *Le energie rinnovabili tra Stato e Regioni: un equilibrio instabile tra mercato, autonomia e ambiente*, Milano, 2011

M. FALCIONE, *Diritto dell'energia: fonti rinnovabili e risparmio energetico*, Siena, 2008

M. FINIZIO (articolo), *Fondi immobiliari e contratto EPC in cerca di credito per le riqualificazioni*, www.ilsole24ore.com, 21 febbraio 2013

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

M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970

F. GUALANDI, *La nuova disciplina delle fonti energetiche rinnovabili*, Maggioli Editore, 2011

P. PISELLI (a cura), *Il contratto di rendimento energetico. Energy performance contract*, Torino, 2011

P. PISELLI, S. MAZZANTINI e A. STIRPE, *Il contratto di rendimento energetico (Energy performance contract)*, definizione in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, www.treccani.it

G. PUPPO, *Contratto di outsourcing e global service: aspetti legali e contrattuali*, in *Manutenzione Tecnica e Management*, Settembre 2006

M. RAGAZZO, *Le politiche sull'energia e le fonti rinnovabili*, Torino, 2011

M. SAMBATI, *Il contratto di rendimento energetico (EPC)*, in www.cetri-tires.org

M. SAMBATI, *Fondo agevolato per le ESCO per l'efficienza energetica degli edifici pubblici*, in www.cetri-tires.org

A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, a cura di F. ANELLI e C. GRANELLI, *Manuale di Diritto Privato*, Milano, 2011

A. ZONTA, *Provincia di Treviso: la terza generazione del Global Service per il patrimonio scolastico*, in *Facilitymanagement*, Marzo 2012

Normativa europea di riferimento

Direttiva n.27/2012/ 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 n.31/2010/ UE sulla prestazione energetica nell'edilizia

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

Direttiva n.32/2006/CE concernente l'efficienza degli usi finali dell'energia e i servizi energetici e recante abrogazione della direttiva 93/76/CEE del Consiglio

Normativa italiana di riferimento

Decreto Legge 4 giugno 2013, n.63, Disposizioni urgenti per il recepimento della Direttiva 2010/31/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 maggio 2010, sulla prestazione energetica nell'edilizia per la definizione delle procedure d'infrazione avviate dalla Commissione europea, nonché altre disposizioni in materia di coesione sociale., convertito in **Legge 3 agosto 2013 n.90**.

Decreto Legislativo 3 marzo 2011 , n.28, attuazione della direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili.

Decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010 n. 207, regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE»

Norma UNI CEI 11352 aprile 2010, Gestione dell'energia. Società che forniscono servizi energetici (ESCO)

Decreto Legislativo 30 maggio 2008 n.115, attuazione della direttiva 32/2006/CE concernente gli usi finali dell'energia e i servizi energetici.

Decreto Legislativo 12 aprile 2006 n.163, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

Decreto MICA 24 aprile 2001, Efficienza e risparmio energetico negli usi finali

Decreto Legislativo 30 marzo 2001 n.165, Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche

Decreto Legislativo 2 febbraio 1997 n.22, Attuazione delle direttive 91/156/CEE sui rifiuti, 91/689/CEE sui rifiuti pericolosi e 94/62/CE sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio

Legge 9 gennaio 1991 n.10, 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.

Legge 7 agosto 1990 n.241, nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi.