



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

Avcp

Energia eolica e fotovoltaica. Il ruolo degli enti locali: problematiche connesse alle operazioni poste in essere.

Documento di consultazione

Sommario

1. L'ente locale come soggetto autorizzatore o concedente di suolo pubblico
2. L'ente locale come concedente di suolo pubblico
3. L'intervento diretto nel mercato delle FER
4. L'efficientamento dei consumi energetici dell'ente locale
 - 4.1 La riqualificazione energetica degli immobili pubblici
 - 4.2 La locazione finanziaria

PREMESSA

La promozione di energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili (FER) figura tra le priorità dell'Unione europea per motivi di sicurezza e di diversificazione dell'approvvigionamento energetico, di protezione ambientale, nonché per ragioni legate alla coesione economica e sociale, come da ultimo ribadito con l'adozione della direttiva 2009/28/CE del 23 aprile 2009 sulla "*Promozione dell'uso di energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle Direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE*". In funzione degli obiettivi fissati a livello comunitario - che, a livello nazionale, prevedono il raggiungimento del 17% di copertura dei consumi energetici mediante energia da fonti rinnovabili entro il 2020 - l'Italia ha da tempo intrapreso una politica di incentivazione delle FER, che ha visto negli ultimi anni una rapida accelerazione. Si è, inoltre, assistito ad una importante evoluzione giurisprudenziale e normativa, culminata nella recente adozione delle Linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili (d.m. 10 settembre 2010, nel seguito Linee guida MSE), contemplate dall'articolo 12, comma 10, del decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387 ("*Attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità*").

Dalle indagini effettuate, è emerso che il coinvolgimento degli enti locali, nel mercato delle FER, è variamente declinato in funzione del ruolo dagli stessi assunto nel processo di realizzazione degli impianti: in alcuni casi, tale ruolo è limitato al solo piano autorizzatorio, mentre, in altri, esso si concretizza in una partecipazione attiva, come concedenti del suolo pubblico su cui realizzare gli impianti, acquirenti di forniture energetiche, autoproduttori ovvero produttori di energia destinata alla cessione sul

mercato.

Per comprendere l'entità del coinvolgimento della pubblica amministrazione nel settore delle energie rinnovabili in Italia, sono stati esaminati alcuni bandi relativi alla realizzazione di impianti fotovoltaici ed eolici, presenti presso l'Osservatorio centrale dell'Autorità e pubblicati tra gennaio 2008 – settembre 2010.

Un primo elemento significativo riguarda la scarsità dei bandi relativi ad impianti eolici, rispetto a quelli relativi ad impianti fotovoltaici: rispetto al numero totale di gare rilevate nei tre anni campione (42 nel 2008, 249 nel 2009 e 551 nel 2010) soltanto 2 gare nel 2008, 2 nel 2009 e 4 nel 2010 riguardano impianti eolici.

Un secondo elemento degno di nota concerne l'eterogeneità dei bandi di gara, che presentano strutture molto diversificate sia per la fattispecie contrattuale che per l'oggetto del contratto (lavori, servizi e forniture), benché non sempre tali differenze appaiano correlate alla diversa tipologia di impianto da realizzare. In proposito, si osserva che, sulla base dell'esigua casistica riguardante gli impianti eolici, sembra più frequente, in tale settore, il ricorso all'istituto della concessione di costruzione e gestione, come pure alla costituzione di società miste; nel caso di impianti fotovoltaici, sono, invece, numerose le operazioni in finanza di progetto e di *leasing* finanziario, nonché, in via residuale, i contratti d'appalto misto.

Ciascuna delle ipotesi citate pone problematiche distinte sotto il profilo del corretto inquadramento giuridico delle operazioni poste in essere: l'Autorità ha pertanto predisposto il presente documento, al fine di svolgere una consultazione degli operatori del settore e delle amministrazioni interessate, nonché di valutare l'opportunità di adottare un atto a carattere generale che offra indicazioni operative per le future operazioni, alla luce delle norme del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (nel seguito, Codice dei contratti pubblici).

Si sottopongono, pertanto, all'attenzione dei soggetti invitati all'audizione le problematiche evidenziate di seguito, sulle quali si chiede di formulare osservazioni, nonché di segnalare eventuali ulteriori difficoltà applicative:

- 1) problematiche giuridiche connesse al ruolo dell'ente locale come soggetto autorizzatore delle operazioni volte alla costruzione degli impianti ovvero come concedente dei siti per la realizzazione degli stessi;
- 2) possibilità per gli enti locali di intervenire direttamente nel mercato delle FER, eventualmente mediante l'utilizzo di strumenti societari costituiti *ad hoc*;
- 3) corretta qualificazione delle operazioni poste in essere dagli enti locali che si rivolgono al mercato per l'approvvigionamento di energia da fonti rinnovabili.

1. L'ente locale come soggetto autorizzatore o concedente di suolo pubblico

Il d.lgs. n. 387/2003 ha attribuito alla Regione (o alla Provincia da essa delegata), la competenza al rilascio dell'autorizzazione unica per la costruzione e l'esercizio degli impianti energetici da fonti rinnovabili ai sensi dell'articolo 12 dello stesso decreto; autorizzazione che costituisce, ove occorra, anche variante allo strumento urbanistico. In quest'ambito, il ruolo degli enti locali e, in particolare, dei Comuni nei cui territori sono siti gli impianti, si sostanzia, quindi, nella partecipazione degli stessi alla conferenza di servizi in sede regionale, ovvero, per gli impianti non soggetti ad autorizzazione unica, nella conduzione diretta dei procedimenti autorizzatori semplificati.

In tal caso, viene in rilievo la questione del corretto esercizio delle competenze che la vigente normativa incardina in capo ai Comuni, in modo da non aggravare l'*iter* autorizzatorio e consentire la celere realizzazione delle iniziative proposte dai soggetti privati e finalizzate in un'ottica puramente imprenditoriale. I Comuni non devono, cioè, frapporre ostacoli diretti o indiretti all'accesso al mercato: in particolare, stante il divieto di misure di compensazione di natura economica *ex* articolo 12, comma 6, del d.lgs. n. 387/2003, i Comuni non possono imporre corrispettivi quale condizione per il rilascio di titoli abilitativi o richiedere misure di compensazione di carattere patrimoniale. Sono, infatti, consentite esclusivamente misure di compensazione e riequilibrio ambientale, cioè misure finalizzate a compensare il pregiudizio subito dall'ambiente per l'impatto del nuovo impianto.

Qualora le misure di compensazione prevedano la realizzazione di opere pubbliche, la loro esecuzione è soggetta alle regole di evidenza pubblica, come chiarito dall'Autorità nella determinazione n. 4/2008, concernente la "*realizzazione di opere pubbliche da parte di privati nell'ambito di accordi convenzionali stipulati con le amministrazioni*". Nella determinazione citata, l'Autorità ha posto in rilievo che la realizzazione di opere prevista dalle convenzioni urbanistiche rientra nella nozione di appalto pubblico di lavori e che, fatte salve le eccezioni ivi indicate, l'affidamento dell'esecuzione delle suddette opere soggiace alla disciplina contenuta negli articoli 32, comma 1, lett. g), 121, comma 1, e 122, comma 8, del Codice dei contratti pubblici..

2. L'ente locale come concedente di suolo pubblico

Il ruolo dei Comuni si amplia nell'ambito di quelle operazioni che, pur rimanendo attività imprenditoriali private, vengono realizzate su siti idonei, appartenenti al demanio pubblico. In tale ipotesi, la concessione del diritto di utilizzo di un'area pubblica - pur non ricadendo, quale contratto "attivo" per la pubblica amministrazione, nell'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici ai sensi dell'articolo 19, comma 1, lett. a) - richiede, comunque, il rispetto della legge di contabilità di Stato (Regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440, recante "*Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità dello Stato*"), secondo cui "*i contratti dai quali derivi un'entrata per lo Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti*" (articolo 3, comma 1). In ragione dell'obbligo di trasparenza a cui sono tenute le amministrazioni, è, dunque, necessario l'espletamento di una gara pubblica, volta alla concessione di un diritto sul sito (ad esempio, locazione e/o superficie). Ciò in quanto la pubblica amministrazione concedente è tenuta a garantire adeguate forme di pubblicità, da predeterminare nell'ambito dei regolamenti contrattuali comunali sull'uso delle risorse pubbliche, che siano commisurate all'occasione di guadagno offerta agli aspiranti concessionari privati.

Fermo restando il divieto legale di misure di compensazione patrimoniale, l'ente locale, nella determinazione del canone, deve ponderare le possibili destinazioni economiche alternative del sito ed il valore delle operazioni imprenditoriali ivi realizzabili, commisurando il canone al reale valore economico del bene oggetto di concessione o di costituzione di un diritto di godimento.

In relazione a quanto precede, al fine di offrire indicazioni pratiche, l'Autorità auspica che vengano segnalate delle buone prassi con riguardo alle procedure da seguire per l'individuazione del concessionario, nonché alle modalità di determinazione del relativo canone, con specifico riferimento alle operazioni volte alla realizzazione di impianti per la produzione di FER.

3. L'intervento diretto nel mercato delle FER

L'intervento diretto degli enti locali nel mercato delle FER in veste di produttori pone una prima problematica generale di legittimazione. Tale problematica è strettamente connessa alla qualificazione della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili come attività libera, nel rispetto degli obblighi di servizio pubblico, ai sensi dell'articolo 1, comma 1 del decreto legislativo 16 marzo 1999 n. 79 "*Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica*". A tale attività deve potersi accedere, pertanto, in condizioni di uguaglianza, senza discriminazioni nelle modalità, condizioni e termini per il suo esercizio (cfr. Linee guida MSE, paragrafo 1.1).

Il legislatore italiano – nel recepire le disposizioni comunitarie volte al superamento del monopolio pubblico sulla produzione, sulla distribuzione e sulla vendita dell'energia elettrica – ha, quindi, optato per un modello autorizzatorio puro (cfr. articolo 12 del d.lgs. n. 387/2003), che esclude la possibilità di regolare l'accesso al mercato mediante procedure pubblicistiche di natura concessoria. Il paragrafo 1.3 delle Linee guida MSE ribadisce, in tal senso, che l'attività di produzione di energia elettrica è attività economica non riservata agli enti pubblici e non soggetta a regime di privativa. Ciò esclude la possibilità per gli enti pubblici di godere o attribuire a terzi il godimento di diritti speciali o esclusivi.

Atteso quanto precede, è stato posto in rilievo che all'intervento diretto degli enti locali nel mercato delle FER potrebbe conseguire un'alterazione delle menzionate condizioni di uguaglianza. In particolare, in una recente pronuncia, la Corte dei conti (sez. regionale di controllo per la Lombardia 15/9/2010 n. 861/2010/PAR) ha avanzato forti dubbi in ordine alla possibilità di intervenire direttamente da parte del Comune nell'attività di produzione e commercializzazione dell'energia, anche se prodotta da energie rinnovabili, sia in relazione al diritto interno che a quello comunitario. Ciò perché tale attività, di natura tipicamente commerciale, sembra esulare dalle finalità proprie dell'ente territoriale e si porrebbe in contrasto sia con "*le regole sulla concorrenza che con quelle sul divieto di aiuti di stato che sono contenute nel Trattato istitutivo dell'Unione europea e, in ogni caso, potrebbe falsare la libertà del mercato*".

In altri termini, l'ingresso nel mercato di soggetti pubblici, in posizione potenzialmente privilegiata (anche per la grande disponibilità di siti idonei per la realizzazione degli impianti per le FER) rispetto alla generalità dei *competitors* privati, non troverebbe adeguata giustificazione, attesa la capacità del mercato di soddisfare autonomamente la domanda di servizi energetici (inclusi quelli da fonte rinnovabile).

Peraltro, anche qualora si ammettesse in astratto la possibilità di intervento diretto dell'ente locale nel mercato delle FER alla luce dei principi e delle regole comunitari, ulteriori profili di criticità si configurerebbero con riguardo all'uso dello strumento societario, stanti i vincoli derivanti della normativa interna. Tale ipotesi va, infatti, esaminata nella cornice del quadro normativo che si è venuto a delineare più recentemente in relazione alle società create dalle amministrazioni (di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165) per la produzione di beni e di servizi non strettamente necessari al perseguimento delle loro finalità istituzionali. L'articolo 3, comma 27, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008) stabilisce, da un lato, che è sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle

pubbliche amministrazioni, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza, mentre è vietata, dall'altro, sia la costituzione di società non svolgenti attività strettamente necessarie per il perseguimento dei fini istituzionali che l'assunzione o il mantenimento (diretto o indiretto) di partecipazioni, anche di minoranza, nelle medesime società. Ciò, sempre in un'ottica di ampia tutela del principio di libera concorrenza e per garantire il rispetto dei vincoli derivanti dal patto di stabilità. In aggiunta, l'articolo 3, comma 29, impone agli enti locali ed entro un termine definito (31 dicembre 2010) la cessione delle quote di partecipazione nelle società che, appunto, non svolgano attività strettamente necessarie al perseguimento delle attività istituzionali.

Da ultimo, l'articolo 14, comma 32, della legge 30 luglio 2010, n. 122 (di conversione, con modifiche, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, recante misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica) ha stabilito che *“fermo quanto previsto dall'art. 3, commi 27, 28 e 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, i comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società. Entro il 31 dicembre 2011 i comuni mettono in liquidazione le società già costituite alla data di entrata in vigore del presente decreto, ovvero ne cedono le partecipazioni. La disposizione di cui al presente comma non si applica alle società, con partecipazione paritaria ovvero con partecipazione proporzionale al numero degli abitanti, costituite da più comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti; i comuni con popolazione compresa tra 30.000 e 50.000 abitanti possono detenere la partecipazione di una sola società ... (omissis) ...”*. Benché il coordinamento tra tale disposizione e il citato articolo 3, comma 27, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 non appaia agevole, da una lettura combinata delle stesse sembra ragionevole ritenere che i Comuni con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti non possano costituire società, anche se aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi strettamente necessari per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali. Ed infatti, l'articolo 14 citato, non specificando quali siano i tipi di società la cui costituzione è vietata, sembra essere ancor più restrittivo dell'articolo 3 dallo stesso richiamato (cfr. Corte dei Conti, sez. regionale di controllo per la Lombardia 15/9/2010 n. 861/2010/PAR).

La Corte costituzionale, con sentenza n. 148 dell'8 maggio 2009, ha rilevato che le nuove limitative norme introdotte nel 2007 sono dirette *“ad evitare che soggetti dotati di privilegi svolgano attività economica al di fuori dei casi nei quali ciò è imprescindibile per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, ovvero per la produzione di servizi di interesse generale (casi compiutamente identificati dal citato art. 3, comma 27), al fine di eliminare eventuali distorsioni della concorrenza, quindi sono preordinate a scongiurare una commistione che il legislatore statale ha reputato pregiudizievole della concorrenza (sentenza n. 326 del 2008). Inoltre, esse mirano a realizzare detta finalità con modalità non irragionevoli, siccome il divieto stabilito dalle disposizioni censurate e l'obbligo di dismettere le partecipazioni possedute in violazione del medesimo non hanno carattere di generalità, ma riguardano esclusivamente i casi nei quali non sussista una relazione necessaria tra società, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche, e perseguimento delle finalità istituzionali.”*

Dalle disposizioni menzionate emerge che lo strumento societario è ammesso in via generale nel caso di prestazioni di servizi di interesse generale e, in via residuale,

qualora sia imprescindibile per la prestazione di servizi aventi carattere di strumentalità rispetto al perseguimento di fini istituzionali.

L'espressione servizi di interesse generale, non definita a livello nazionale, si rinviene in ambito comunitario, nel Libro bianco sui servizi di interesse generale adottato dalla Commissione europea nel 2003 (Com/2003/0270 def.) e nel 2004 (Com/2004/0374 def). La Commissione rileva che detta espressione è frutto della prassi comunitaria e deriva dall'espressione "*servizi di interesse economico generale*" di cui costituisce un ampliamento, includendo sia servizi di mercato che quelli non di mercato, che le autorità pubbliche considerano di interesse generale e assoggettano, per tale ragione, a specifici obblighi di servizio pubblico. Si tratta, pertanto, di servizi commerciali, servizi non commerciali e funzioni che, in virtù di un criterio di interesse economico generale, vengono offerte dalle grandi industrie di rete (quali energia, con riferimento all'attività di trasmissione e dispacciamento, servizi postali, trasporti, telecomunicazioni) e sono, comunque, soggette ad obblighi di servizio pubblico (Libro bianco citato, artt. 16 e 86 Trattato CE); parimenti, vengono annoverate in tale nozione le attività di interesse generale non economico aventi ad oggetto servizi sociali (es. sistemi scolastici, protezione sociale, ecc.) e funzioni (giustizia, sicurezza, ecc.), rilevanti all'interno dei vari livelli di competenza.

Con riguardo invece alla delimitazione oggettiva della nozione di servizi strumentali, come è stato rilevato dalla Corte dei Conti (cfr. sezione delle autonomie, deliberazione n. 14/SEZAUT/2010/FRG), la lacuna normativa relativa alla mancanza di indicazioni precise circa i caratteri distintivi dell'attività strumentale, è stata colmata dalla giurisprudenza amministrativa che ha affermato che possono definirsi strumentali all'attività degli enti pubblici in funzione della loro attività, tutti quei beni e servizi erogati da società a diretto ed immediato supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali lo stesso ente provvede al perseguimento dei propri fini istituzionali. Le società strumentali sono, quindi, strutture costituite per svolgere attività e servizi rivolti essenzialmente alla stazione appaltante e non al pubblico, come invece quelle costituite per la gestione dei servizi pubblici locali che mirano a soddisfare direttamente ed in via immediata esigenze generali della collettività, anche se occasionalmente fruiti dall'ente locale (Consiglio di Stato, sentenza 14 aprile 2008, n.1600, sentenza 12 giugno 2009, n. 3766).

Contestualizzando le disposizioni indicate nell'ambito del settore energetico, si è già osservato come l'attività di produzione di FER non possa essere qualificata come attività di servizio pubblico (qualificazione che invece spetta all'attività di trasmissione e dispacciamento), escludendo per tale via la possibilità che la stessa costituisca servizio di interesse generale. Profili di criticità sembrano sussistere anche con riguardo alla qualificazione dell'attività in esame come attività strumentale imprescindibile ad un fine istituzionale e, in ultima analisi, con riguardo alla possibilità di ammettere, in via generale, quale modulo procedimentale ordinario, la creazione di strutture societarie finalizzate alla commercializzazione dell'energia prodotta sul mercato, che sembrano giustificarsi esclusivamente in un'ottica commerciale ed imprenditoriale.

In relazione a quanto precede, l'Autorità auspica che vengano inviati contributi atti a chiarire le attuali modalità di intervento nel mercato delle FER da parte degli enti locali e le motivazioni adducibili per superare i profili di criticità indicati, con

particolare riguardo alla legittimazione dell'ente a competere con i privati nel mercato delle FER e all'eventuale utilizzo dello strumento societario.

4. L'efficientamento dei consumi energetici dell'ente locale

Un ulteriore profilo di criticità attiene alla qualificazione delle operazioni poste in essere dai Comuni per l'approvvigionamento di FER alla luce dei modelli contrattuali previsti dal Codice dei contratti pubblici.

È pacificamente ammessa la possibilità che l'ente locale si rivolga al mercato per approvvigionarsi di energia pulita, non soltanto per finalità di tutela ambientale, ma anche in un'ottica di contenimento della spesa pubblica. In questo modo, infatti, l'ente pubblico ottiene il risultato di migliorare il sistema di approvvigionamento energetico negli edifici pubblici, usufruendo dei risparmi connessi all'abbattimento del costo per l'acquisto dell'energia sul mercato e, al contempo, della percezione degli incentivi, quale titolare degli impianti.

Nel caso in cui all'ente locale interessi approvvigionarsi di energia da FER, lo stesso dovrebbe ponderare l'effettiva convenienza economica derivante dall'immobilizzo di risorse a sua disposizione (terreni, fabbricati ecc.), dando adeguato rilievo all'interno del sinallagma contrattuale, da un lato, al suo fabbisogno energetico, dall'altro, alle reali potenzialità produttive dell'impianto, sì da tener conto dei ricavi derivanti dalla produzione di energia eventualmente eccedente il fabbisogno dell'ente. Tali ricavi dovrebbero, quindi, essere oggetto di una preventiva stima, anche in funzione dell'esatta determinazione del corrispettivo previsto a favore del privato realizzatore degli impianti. Ciò al fine di evitare di porre in essere operazioni che attribuiscono all'operatore privato un vantaggio sproporzionato, senza un'adeguata commisurazione della convenienza per l'ente locale concedente.

Occorre, inoltre, evidenziare che la realizzazione degli impianti destinati a soddisfare il fabbisogno energetico degli enti pubblici costituisce un contratto passivo, soggetto alle regole dell'evidenza pubblica ed al rispetto del Codice dei contratti pubblici.

In ragione della possibile eterogeneità delle prestazioni dedotte in contratto, trova applicazione l'articolo 14 del Codice dei contratti pubblici, che definisce i contratti misti come contratti pubblici aventi per oggetto: lavori e forniture; lavori e servizi; lavori, servizi e forniture; servizi e forniture.

Da ciò deriva che, alle operazioni volte alla realizzazione degli impianti, in caso siano previste prestazioni eterogenee, si applica il regime normativo proprio della prestazione prevalente, non escludendosi la necessità che l'apprezzamento di questo particolare profilo venga effettuato caso per caso, attesa la mutevole incidenza quantitativa e funzionale che possono avere le diverse prestazioni richieste per la realizzazione degli impianti in questione.

Dagli approfondimenti effettuati, è emerso che gli impianti realizzati dagli enti locali sono, nella gran parte dei casi, impianti fotovoltaici. Diversificati sono gli schemi contrattuali impiegati, che vanno dalla concessione, all'appalto misto, alla locazione finanziaria; sono state rilevate anche operazioni basate sulla costituzione di società a capitale misto pubblico-privato.

Più in particolare, nel caso del fotovoltaico, si è osservato che le stazioni appaltanti indicano, generalmente, gare aventi un oggetto contrattuale misto di forniture con lavori di posa in opera, con prevalenza della fornitura dei pannelli fotovoltaici rispetto ai lavori di posa in opera. Questo, sia in applicazione del criterio quantitativo, in quanto il costo delle singole parti da installare sarebbe economicamente prevalente, sia di quello funzionale, in quanto i lavori di posa in opera avrebbero un ruolo meramente accessorio rispetto a componenti prefabbricate.

Ad una diversa qualificazione dell'operazione potrebbe, peraltro, giungersi qualora la realizzazione dell'impianto implichi, come spesso avviene per gli impianti eolici, la costruzione di fondazioni in cemento armato, a supporto dell'impianto, il montaggio di tralicci, l'assemblaggio dell'impianto (con posa in opera della navicella, del rotore e della girante eolica), la realizzazione di una cabina di trasformazione, dei cavidotti, della sottostazione e della sala controllo.

Qualora gli impianti vengano qualificati come opere dal punto di vista del Codice dei contratti, uno degli schemi contrattuali più frequentemente utilizzati nei bandi per la realizzazione degli impianti fotovoltaici è quello della concessione di costruzione e gestione. Lo schema negoziale prevede che l'operatore privato si obblighi a provvedere alla progettazione ed esecuzione dell'impianto, che diviene di proprietà dell'ente pubblico; il soggetto realizzatore viene, quindi, remunerato con modalità varie, generalmente riconoscendo a suo favore una parte del risparmio energetico conseguito o una parte degli incentivi percepiti dall'ente.

In operazioni di questo tipo, l'obiettivo è quello di realizzare misure di risparmio energetico nelle installazioni o nei locali dell'ente pubblico: è, dunque, l'ente stesso (e non la collettività) il destinatario del beneficio energetico realizzato dall'imprenditore. La mancanza di un flusso di cassa proveniente dall'utenza esterna ha indotto parte della dottrina a qualificare tale operazione come "concessione fredda", fattispecie prevista e disciplinata anche dal Codice dei contratti. L'articolo 143, comma 9, prevede infatti che *"le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare in concessione opere destinate alla utilizzazione diretta della pubblica amministrazione, in quanto funzionali alla gestione di servizi pubblici, a condizione che resti a carico del concessionario l'alea economico-finanziaria della gestione dell'opera"*.

Come osservato dall'Autorità nella determinazione n. 2 dell'11 marzo 2010, 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. Tra le diverse opere realizzabili mediante la concessione di costruzione e gestione, le opere fredde sono, in particolare, 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. In tal caso, l'amministrazione concedente è tenuta a corrispondere al privato concessionario non soltanto l'eventuale prezzo – in beni immobili o in denaro – ma anche il c.d. canone di disponibilità ed i canoni per i servizi resi all'amministrazione. L'esborso effettuato dall'amministrazione concedente è, quindi, rilevante e costante, non soltanto durante il periodo di realizzazione dell'opera ma anche nel periodo di gestione. Tuttavia tale esborso, affinché siano effettivamente trasferiti i rischi dedotti nel contratto, aspetto essenziale che differenzia la concessione dall'appalto, è subordinato all'esatto adempimento delle obbligazioni contrattuali da parte del privato concessionario. Ciò richiede una costante ed efficace attività di controllo da parte

dell'amministrazione aggiudicatrice non soltanto sulla corretta attuazione del contratto, ma anche sulla tenuta della contabilità dei lavori eseguiti e della gestione, come sopra specificato.

In senso contrario alla ricostruzione delle operazioni di realizzazione degli impianti per la produzione di FER come contratti di concessione potrebbe in ipotesi addursi la mancanza del nesso di funzionalità diretta all'espletamento di un servizio pubblico (dal momento che il servizio è reso soltanto all'amministrazione e che la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili non è di per sé un servizio pubblico). In secondo luogo, potrebbe sostenersi l'assenza di un rischio di disponibilità, atteso che il privato viene generalmente remunerato con parte dei proventi certi derivanti dall'abbattimento dei costi energetici, nonché dai meccanismi incentivanti, anch'essi certi.

Anche qualora si ammettesse di poter configurare una concessione di costruzione e gestione, la pubblica amministrazione procedente dovrebbe attenersi strettamente alle disposizioni di cui agli articoli 143 e seguenti del Codice dei contratti pubblici. Ciò implica la necessità di dare rilevanza all'alea trasferita al privato mediante la richiesta di un piano economico-finanziario che possa rendere evidenza del rischio connesso allo sfruttamento dell'impianto medesimo, descrivendo nel contempo l'entità dei flussi economici volti a compensare gli oneri derivanti dalla gestione. È, inoltre, necessario che nel contratto di concessione sia stabilito il tipo di rendicontazione da tenere, al fine di consentire alla stessa amministrazione di esercitare in maniera corretta il potere di controllo e vigilanza ad essa spettante, soprattutto ai fini dell'erogazione dell'eventuale contributo pubblico (rappresentato da una parte dei risparmi energetici o da una parte degli incentivi).

È, altresì, evidente che la quantificazione dei canoni gravanti sull'utente pubblico deve essere effettuata senza ricorrere ad automatismi quali l'integrale cessione al privato di tutti i benefici connessi alla produzione di energia da fonte rinnovabile, come si riscontra spesso nei bandi e nei capitolati di gara, salvo retrocessione alla stazione appaltante di una quota parte.

In alternativa allo schema concessorio – e, in particolare, qualora si ritenessero non integrati gli estremi della concessione nei termini anzidetti – le operazioni in esame andrebbero inquadrate come appalto ad oggetto misto, potendo ricomprendere, a seconda del caso specifico, lavori di costruzione, fornitura di componenti tecniche, servizi di manutenzione e gestione, nonché servizi finanziari.

Come già rilevato, l'amministrazione è tenuta a computare con attenzione, da un lato, gli oneri di realizzazione dell'impianto, dall'altro, gli introiti attesi dallo stesso, sia in termini di risparmi conseguibili che di incentivi connessi alla produzione; ciò anche tenuto conto del fatto che la titolarità pubblica dell'impianto determina *ex lege* una maggiorazione degli incentivi riconosciuti.

In relazione a quanto precede, l'Autorità auspica che vengano inviati contributi atti ad evidenziare il fondamento giuridico – economico della qualificazione delle operazioni poste in essere dalle stazioni appaltanti in termini di concessione di costruzione e gestione e/o di appalto misto, nonché le modalità di determinazione dei corrispettivi riconosciuti ai privati, secondo stime che tengano conto dei costi effettivamente sostenuti dagli stessi, da un lato, e del risparmio energetico e del valore degli incentivi a favore degli enti titolari degli impianti, dall'altro.

4.1 La riqualificazione energetica degli immobili pubblici

Una peculiare fattispecie contrattuale, ai fini della realizzazione di interventi di riqualificazione energetica degli edifici pubblici, è quella contemplata dal decreto legislativo 30 maggio 2008, n. 115 (*“Attuazione della direttiva 2006/32/CE relativa all'efficienza degli usi finali dell'energia e i servizi energetici e abrogazione della direttiva 93/76/CEE”*), con cui sono state introdotte misure volte a favorire il risparmio energetico da parte delle pubbliche amministrazioni.

Si tratta, in sostanza, di una serie di prestazioni finalizzate al miglioramento energetico dell'edificio pubblico oggetto dell'intervento, tra le quali può essere prevista la realizzazione di un impianto di produzione di energia rinnovabile.

La norma ha istituito la figura dell' *“energy manager”* all'interno delle pubbliche amministrazioni, cui è attribuita la responsabilità dell'adozione degli obblighi di miglioramento dell'efficienza energetica del bene, di cui l'amministrazione è proprietaria o utilizzatrice.

In particolare, le misure per il miglioramento energetico degli edifici comprendono, di norma:

- (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 o ad uso pubblico, nel caso di nuove costruzioni ovvero nel caso in cui la metratura utile totale supera i 1000 metri quadrati, e

Lo stesso decreto n. 115 cit. specifica che, agli appalti pubblici, non riconducibili ai settori speciali disciplinati dalla parte III del Codice dei contratti, aventi ad oggetto l'affidamento della gestione dei servizi energetici e che prevedono, unitamente all'effettuazione di una diagnosi energetica, la presentazione di progetto in conformità ai livelli di progettazione specificati dall'articolo 93 del Codice, nonché la realizzazione degli interventi, si applica il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art.83 del Codice). Si precisa, inoltre, che *“all'individuazione degli operatori economici che possono presentare le offerte nell'ambito degli appalti di cui al comma 1, si provvede secondo le procedure previste dall'articolo 55 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163”* e, pertanto, mediante procedure aperte o ristrette.

La norma introduce, poi, uno strumento innovativo per la realizzazione degli interventi energetici, definito *“finanziamento tramite terzi”*, ossia un *“accordo contrattuale che comprende un terzo, oltre al fornitore di energia e al beneficiario della misura di miglioramento dell'efficienza energetica, che fornisce i capitali per tale misura e addebita al beneficiario un canone pari a una parte del risparmio energetico conseguito avvalendosi della misura stessa. Il terzo può essere una ESCO”*, ovvero una *“Energy Service Company”*. Quest'ultima, a sua volta, è definita come la *“persona fisica o giuridica che fornisce servizi energetici ovvero altre misure di miglioramento dell'efficienza energetica nelle installazioni o nei locali dell'utente 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”*.

Lo strumento del finanziamento tramite terzi prevede, dunque, un rapporto trilaterale tra

il soggetto beneficiario (ente pubblico), il fornitore di energia (impresa produttrice) ed un soggetto finanziatore, che può essere anche una ESCO. Da quanto osservato, emerge che la disciplina in commento qualifica espressamente le operazioni finalizzate all'efficienza energetica (tra le quali l'approvvigionamento tramite fonti energetiche rinnovabili) alla stregua di "appalti pubblici" aventi ad oggetto l'affidamento di "servizi energetici".

In relazione a quanto precede, l'Autorità auspica che vengano segnalate iniziative concrete realizzate mediante lo strumento del finanziamento tramite terzi (eventualmente con la partecipazione ESCO), evidenziando, tra l'altro, i sistemi di selezione degli operatori economici ed i contenuti degli accordi contrattuali volti al finanziamento delle operazioni di riqualificazione energetica.

4.2 La locazione finanziaria

Nel caso della realizzazione di impianti fotovoltaici, si registra un crescente ricorso, da parte delle stazioni appaltanti, all'utilizzo dello strumento della locazione finanziaria. Il contratto di leasing è un contratto atipico di finanziamento con il quale una parte – locatario – cede ad un'altra – locatore – per un certo tempo, il godimento di un bene, acquistato o fatto costruire dal primo su scelta e indicazione del secondo, il quale ha facoltà di acquistare la proprietà del bene a condizioni prestabilite (art. 17, comma 2 della legge 2 maggio 1976, n. 183). La proprietà del bene oggetto del contratto può essere acquisita al termine del periodo e ciò differenzia questo strumento dal pagamento rateale, dove la vendita del bene è conclusa dall'inizio.

A fronte di tale ampia definizione, deve distinguersi tra leasing di godimento, avente ad oggetto beni a rapida obsolescenza economica – nel quale la causa tipica del negozio è il finanziamento a scopo di godimento, ed il pagamento dei canoni costituisce il corrispettivo dell'uso del bene – e il cd. leasing traslativo, avente ad oggetto per lo più beni immobili che alla scadenza del contratto possiedono ancora un valore economicamente apprezzabile e possono essere oggetto del diritto di opzione – nel quale la causa tipica del negozio è il finanziamento a scopo di trasferimento finale del bene ed il pagamento dei canoni copre una parte del prezzo di acquisto.

Nelle operazioni poste in essere dagli enti pubblici per la realizzazione di impianti fotovoltaici si registrano ipotesi di leasing traslativo, sia mobiliare che immobiliare. Nel primo caso, il contratto ha ad oggetto la fornitura dell'impianto fotovoltaico per la produzione di energia elettrica mediante locazione finanziaria, nel secondo caso l'oggetto del contratto è, in genere, costituito dalla progettazione esecutiva previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta e dalla realizzazione di un impianto fotovoltaico per la produzione di energia elettrica mediante locazione finanziaria, ai sensi degli artt. 53, comma 2 lettera c) e art. 160 bis D.Lgs. n. 163/2006. Il contratto in questione non si caratterizza per la "mera acquisizione della disponibilità di un bene per un determinato periodo di tempo, avvalendosi di un "finanziamento" da parte di una società finanziaria" ma per essere finalizzato alla "realizzazione dell'opera a carico della stessa società finanziaria" (cfr. parere dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti Pubblici 31 gennaio 2008, n. 24).

Quest'ultimo, a seguito delle modifiche apportate al Codice dei contratti pubblici dal terzo decreto correttivo, è stato incluso nel *genus* dei contratti di partenariato *ex art.* 3, comma 15-*ter* del Codice dei contratti e consente all'amministrazione di conseguire vari

vantaggi connessi alla corretta allocazione di parte dei rischi all'operazione economica in capo ai soggetti privati coinvolti:

- possibilità di utilizzare un bene, senza anticipare la somma necessaria per l'acquisto;
- più agevole reperimento delle risorse finanziarie;
- l'opera/bene è consegnata completa e funzionante (sull'affidatario, infatti, grava tutto il rischio economico della realizzazione);
- il canone è fisso ed invariabile ed è corrisposto solo dopo il collaudo dell'opera;
- la consegna avviene in tempi stabiliti ed è assicurata la corretta manutenzione del bene, fino al momento del riscatto.

L'appaltatore assicura, inoltre, a fronte dell'obbligazione del committente relativa al pagamento del canone di locazione a favore del primo – per tutta la durata della locazione – il godimento dell'impianto a vantaggio di quest'ultimo, quale unico beneficiario di tutti i proventi e frutti connessi alla realizzazione, gestione e sfruttamento del parco fotovoltaico. Spesso il canone corrisposto dall'ente pubblico è costituito dai ricavi del “conto energia” trasferiti (mediante l'istituto della cessione di credito) al locatore dell'impianto ovvero, in alternativa da un vincolo sulle entrate derivanti dal contributo e dalla cessione dell'energia.

Il Comune procede, in genere, alla costituzione a titolo gratuito del diritto di superficie sulle aree interessate dagli impianti per la durata di un numero di anni, di solito, pari al doppio della durata del contratto di locazione finanziaria.

Inoltre, è generalmente previsto il diritto di riscatto degli impianti, da parte dell'ente committente, alla scadenza della locazione finanziaria, salvo la permanenza dell'obbligo di ripristino dei luoghi in capo all'appaltatore, da realizzarsi alla scadenza vera e propria del contratto.

Ai sensi dell'articolo 160 – *bis* del Codice dei contratti pubblici la locazione finanziaria costituisce appalto pubblico di lavori, salvo che questi ultimi abbiano un carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto medesimo.

In relazione a quanto precede, l'Autorità auspica che vengano segnalate le principali ragioni tecnico-economiche sottese all'utilizzo del leasing immobiliare da un lato e mobiliare dall'altro. In particolare si auspica che venga illustrato, per i casi di leasing mobiliare, come si concilia la qualificazione del contratto, determinata sulla base della sola fornitura dei pannelli, con l'imprescindibile presenza dei lavori di installazione, in assenza dei quali l'impianto fotovoltaico non può essere realizzato. _