
LA COSTITUZIONE DI PARTENARIATI PUBBLICO - PRIVATI PER LA REALIZZAZIONE DI CONSUMI ENERGETICI EFFICIENTI NELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI.*

FRANCO PEIRONE

SOMMARIO: 1. Origine e principi regolatori del mercato europeo dell'energia e del consumo energetico efficiente. - 2. Gli obiettivi di efficientamento energetico delle pubbliche amministrazioni e lo sviluppo di *smart-cities* nell'ambito di città metropolitane. - 3. L'utilizzo dell'*energy performance contract* a tutela dell'efficienza energetica delle pubbliche amministrazioni. - 4. Prospettive di partenariati pubblico-privati nel settore dell'energia: la qualificazione dell'*energy performance contract* quale *project-financing* e il divieto di costituzione di società miste per servizi d'efficientamento energetico. - 5. Gli strumenti per realizzare scelte di efficienza energetica nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici.

1. Origine e principi regolatori del mercato europeo dell'energia e del consumo energetico efficiente.

La regolazione delle risorse energetiche, necessità storica delle comunità organizzate¹, pare attualmente rispondere a una più consapevole esigenza che lo sviluppo economico che su tali risorse si basa debba avvenire secondo tempi e modalità compatibili con la loro conservazione anche di lungo periodo². Più specificatamente si è

* La ricerca scientifica alla base del presente articolo è stata finanziata dal Dipartimento di Studi per l'economia e l'impresa dell'Università del Piemonte Orientale nell'ambito della borsa di studio post dottorato per addestramento e perfezionamento alla ricerca in materia di "*Partenariati pubblico-privati e performance contract nel settore dell'energia*".

¹ M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1995, p. 21 ss.

² Sebbene sia possibile distinguere tra fonti energetiche esauribili (principalmente combustibili fossili e nucleari) e rinnovabili (quali le biomasse, l'energia eolica, geotermica e solare), ossia che si rigenerano tendenzialmente con una velocità pari a quella con cui sono consumate e che sarebbero perciò inesauribili con riferimento al contesto antropico, entrambe le tipologie di risorse pongono problemi di conservazione di lungo periodo, seppur con diversa intensità. Al tema della conservazione delle risorse energetiche si lega inoltre quello della *green economy*, ossia la produzione economica di energia pulita che le fonti

affermata la necessità che nell'utilizzo delle risorse energetiche si tenga altresì conto della sostenibilità ambientale del loro consumo, della capacità delle future generazioni di soddisfare a loro volta i propri bisogni energetici, delle esigenze delle aree e classi sociali più arretrate e, infine, della prosperità delle altre regioni geografiche nel mondo. Il mercato dell'energia, e in particolare la regolazione del consumo energetico in una prospettiva di efficientamento, si configura dunque come un settore strategico per la realizzazione dello sviluppo sostenibile nella quadruplice dimensione ambientale, generazionale, sociale e internazionale³.

In particolare l'esigenza di tutelare gli aspetti ambientali⁴, nonché generazionali e sociali, coinvolti nel processo di sviluppo economico sembra trovare direttamente fondamento nella previsione costituzionale dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale⁵, entro cui la solidarietà tra i cittadini si esprime anche attraverso l'introduzione di norme che impongano ai soggetti agenti sul mercato dell'energia comportamenti conformi ad un utilizzo delle risorse energetiche razionale, efficiente, sostenibile e conforme alle esigenze di solidarietà. L'adozione di normative che contemperino lo sviluppo economico dei mercati nazionali o sovranazionali con le finalità di preservazione e crescita delle aree geografiche svantaggiate⁶, ossia che

rinnovabili tendono ad assicurare e che perciò a sua volta incoraggia uno sviluppo sostenibile; F. PERSANO, *L'energia fra diritto internazionale e diritto dell'Unione Europea: disciplina attuale e prospettive di sviluppo*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 4 ss.

³ C. VIVIANI, *Ambiente ed Energia*, in R. FERRARA - M. A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, Giuffrè, 2014, I, p. 503 ss.; F. FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in M. RENNA - F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 433 ss.; S. QUADRI, *Energia sostenibile, diritto internazionale, diritto europeo e diritto interno*, Torino, 2012; ID., *L'evoluzione della politica energetica comunitaria con particolare riferimento al settore dell'energia rinnovabile*, in *Riv. It. Dir. pubbl. comunit.*, 2011, p. 839 ss.; ID., *Lineamenti di diritto internazionale delle fonti di energia rinnovabile*, Napoli, 2008; S. SALARDI, *Il diritto internazionale in materia di sviluppo sostenibile. Quali progressi dopo Rio?*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2008, 3-4, p. 658 ss.; E. BRUTI LIBERATI - D. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione concorrenza*, Torino, 2007; M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2006, p. 219 ss.; R. FERRARA, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in *Dir. Amm.*, 3, 2005, p. 509 ss.

⁴ La dimensione ambientale dello sviluppo sostenibile trova garanzia costituzionale, tramite la nozione di tutela del paesaggio naturale, nella previsione dell'art. 9, c. 2 Cost.: "*La Repubblica [...] tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione*". In dottrina: V. PEPE, *Il paesaggio naturale e culturale e il patrimonio mondiale dell'umanità*, in A. CATELANI - S. CATTANEO (a cura di), *I beni e le attività culturali Trattato di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2002.

⁵ Art. 2 Cost. In dottrina: M. LUCANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in *Dir. e Soc.*, 2, 2008, p. 145 ss.; L. DELL'AGLI, *L'accesso all'energia elettrica come diritto umano fondamentale per la dignità della persona umana*, in *Riv. Giur. Ambiente*, 5, 2007, p. 213 ss.; G. GUARDINO, *Scritti di diritto pubblico dell'economica e di diritto dell'energia*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 221 ss. La relazione tra accesso alle fonti di energia e diritti fondamentali è stato in particolare affermato in giurisprudenza a livello europeo nella sentenza della Corte di Giustizia, 15 luglio 1964, C-6/64, *Costa c. Enel*.

⁶ Protocollo di Kyoto, la cui finalità principale è la riduzione integrata a livello internazionale delle emissioni di anidride carbonica e altri inquinanti, è stato sottoscritto il 7 dicembre 1997 ed è entrato in vigore il 16 febbraio 2005; l'Italia, che ha ratificato il Protocollo con l. 1 giugno 2002, n. 120, Nazioni Unite, Conferenza, Johannesburg, 2002 (Dichiarazione sullo Sviluppo Sostenibile); Conferenza, Rio de Janeiro, 1992 (Dichiarazione su Ambiente e Sviluppo); Conferenza sull'Ambiente Umano, Stoccolma, 1972 (Dichiarazione di Stoccolma). In dottrina: C. VIDETTA, *Lo sviluppo sostenibile dal diritto internazionale al diritto interno*, in R. FERRARA - M. A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto*

integrino la dimensione internazionale della solidarietà nello sviluppo economico, deriva invece dal diritto internazionale pattizio, entro la cui regolazione dell'utilizzo delle risorse energetiche è stata volta a permettere un equo accesso alle fonti energetiche e a promuovere l'equilibrio ecologico globale⁷. In particolare gli impegni in tema di sviluppo sostenibile sono divenuti vincolanti nei confronti di un ampio numero di Stati col Trattato sulla Carta dell'Energia e il Protocollo sull'efficienza energetica e sugli aspetti correlati⁸.

L'esito più rilevante della regolazione internazionale in materia di energia ha tuttavia riguardato più specificatamente la costituzione di un ordinamento giuridico sovranazionale di livello europeo, originato esattamente dalla liberalizzazione dei mercati nazionali nei settori energetici. L'energia è stato infatti uno dei primi settori economici disciplinati da una normativa a livello europeo mediante i trattati CECA⁹ e EURATOM¹⁰ e, indirettamente, anche dal trattato CEE¹¹. Tali trattati, sebbene non abbiano previsto innovazioni per quanto riguarda la sovranità delle risorse energetiche, che le parti aderenti conservano in virtù dei principi generali del diritto internazionale¹², hanno permesso, attraverso le disposizioni di libera circolazione delle persone, dei beni, delle merci e dei servizi e di divieto di aiuti di Stato, di realizzare un mercato europeo dell'energia di tipo concorrenziale in cui pubbliche amministrazioni e operatori economici di Stati differenti potessero contrattare beni e servizi¹³. A loro volta le

dell'ambiente, Milano, Giuffrè, 2014, p. 221 ss.; V. ANTONELLI, *Il contributo delle autonomie locali all'attuazione del Protocollo di Kyoto: le fonti rinnovabili e il risparmio energetico*, in M. CARLI - G. CARPANI - M. CECCHETTI - T. GROPPI - A. SINISCALCHI (a cura di), *Governance ambientale e politiche normative. L'attuazione del Protocollo di Kyoto*, Bologna 2008, p. 275 ss.

⁷ Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, 20 dicembre 2010, n. 65/151.

⁸ Firmati a Lisbona il 17 dicembre 1994 ed entrati in vigore il 16 aprile 1998, al momento del raggiungimento delle prime trenta ratifiche dei 52 Stati contraenti. Attualmente al Trattato sulla Carta dell'Energia e al Protocollo sull'efficienza energetica e sugli aspetti correlati aderiscono 53 Stati. Il Trattato costituisce un quadro giuridico per realizzare una cooperazione nel settore dell'energia, soprattutto mediante l'attuazione di misure di liberalizzazione degli investimenti e degli scambi. Le parti aderenti al Trattato s'impegnano a questo fine a ridurre, in modo economicamente conveniente, l'impatto ambientale negativo dovuto alle attività connesse al ciclo energetico quali l'esplorazione, la produzione, l'immagazzinamento, il trasporto e la produzione di energia. Inoltre le parti aderenti sono tenute ad adottare norme concernenti la fissazione dei prezzi di mercato anche tenendo in considerazione delle esigenze ambientali. Il Protocollo ha invece esplicitato il principio dell'incremento dell'efficienza energetica in conformità alle esigenze dello sviluppo sostenibile, da implementare, tra l'altro attraverso una più intensa cooperazione tra il settore pubblico e quello privato. In particolare nel Preambolo il Protocollo evidenzia le necessità di cooperazione nel settore della tutela ambientale e dell'efficienza energetica, sottolineando il ruolo dei soggetti privati, attraverso la determinazione dei prezzi derivante da regole di mercato di libera concorrenza nonché dalle previsioni che tengano in debita considerazione i vantaggi ambientali che offrono le diverse tipologie di produzione o di impiego di materiali.

⁹ Trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA), Parigi, 18 aprile 1951.

¹⁰ Trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica (EURATOM), Roma, 25 aprile 1957.

¹¹ Trattato che istituisce la Comunità economica europea (CEE), Roma, 25 aprile 1957,

¹² Come anche affermato nella Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, 14 dicembre 1960, n. 1514-XV e ribadito nelle successive Risoluzioni, 14 dicembre 1962, n. 1803-XVII; 24 ottobre 1970, n. 2625-XXV; 12 dicembre 1974, n. 3281-XXIX.

¹³ B. POZZO, *Le politiche comunitarie in campo energetico*, in *Riv. Giur. Ambiente*, 6, 2009, p. 841 ss.; C. STAGNARO (a cura di), *Il mercato del gas naturale. L'Europa tra sicurezza e liberalizzazioni*, Roma, 2009; M. MAZZAMUTO, *Diritto dell'ambiente e sistema comunitario delle libertà economiche*, in *Riv. It.*

disposizioni sul Mercato unico sono state sin dal principio applicate conformemente al principio dello sviluppo sostenibile e in particolare a provvedere che gli interessi ambientali fossero integrati nell'attività di regolazione del mercato e in quelle di gestione dei beni e dei servizi pubblici, quale obiettivo della stessa Unione Europea¹⁴.

La competenza europea in materia, in considerazione dell'assenza di disposizioni specifiche nei trattati istitutivi, trovava originariamente fondamento nella teoria dei poteri impliciti, necessari al raggiungimento nella costruzione del mercato comune nelle materie in cui il diritto primario non attribuiva specifiche competenze alla Comunità europea¹⁵. Solo con l'adozione dell'Atto Unico Europeo fu espressamente attribuito al Consiglio il potere di adottare misure di armonizzazione delle legislazioni degli Stati Membri nella prospettiva di realizzazione del mercato unico, incluso anche il settore energetico¹⁶. Il Trattato di Maastricht ha poi introdotto norme relative alle reti trans-europee, il cui sviluppo costituisce uno strumento essenziale per la costruzione del mercato comune, nonché alla tutela ambientale, con riferimento alle scelte degli Stati Membri sul consumo delle fonti energetiche¹⁷. Con l'adozione del Trattato di Lisbona è stato introdotto un apposito titolo in materia energetica¹⁸ che ha consentito il definitivo superamento della teoria dei poteri impliciti¹⁹, sancendo la competenza concorrente

Dir. Pubbl. comunit., 2009, 6, p. 1571 ss.; D. MOSCHETTA, *Il mercato comunitario del gas naturale. Investimenti esteri diretti e diritto internazionale*, Milano, 2009; P. CIRIELLI, *La completa liberalizzazione dei mercati energetici*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2008, 3, 280 ss.; E. BRUTI LIBERATI - F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007; N. AICARDI, *Energia*, in M.P. CHITI - G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007; G. ROSSI, *Il settore dell'energia nel contesto europeo, problemi giuridici ed istituzionali*, in D. VELO (a cura di), *La cooperazione rafforzata e l'Unione economica. La politica europea dell'energia*, Milano, Giuffrè, 2007; F. SILVA - S. LANZA, *I servizi pubblici in Italia: il settore elettrico*, Bologna, 2006.

¹⁴ Art. 3, § 3, Trattato dell'Unione Europea (TUE). L'introduzione del principio dello sviluppo sostenibile all'interno della disciplina europea del Mercato Unico risale al Trattato di Maastricht (1993) entro cui si affermava che la Comunità Europea avesse il compito di garantire uno sviluppo equilibrato delle attività economiche e una crescita sostenibile compatibile con le istanze ambientali. Con il Trattato di Amsterdam (1997) fu sancito il principio di integrazione che comporta l'obbligo per i soggetti pubblici di bilanciare gli interessi ambientali integrandoli nelle politiche europee, ora previsto nell'Art. 11, Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

¹⁵ In particolare la crisi petrolifera degli anni '70 incoraggiò un frequente ricorso a tale teoria ai fini dell'adozione di un ampio numero di atti normativi in materia energetica: CEE, Risoluzione del Consiglio, 17 dicembre 1974 relativa ad una nuova strategia per la politica energetica della Comunità; Risoluzione del Consiglio, 17 dicembre 1974 concernente gli obiettivi per il 1985 della politica energetica comunitaria; Decisione 77/706, 7 novembre 1977, volta ad instaurare un sistema comune di riduzione equa ed equilibrata di consumo nell'ipotesi di crisi durevole e grave degli approvvigionamenti; risoluzione del Consiglio, 7 maggio 1985 relativa ad una nuova strategia in materia di armonizzazione tecnica e normalizzazione.

¹⁶ Art. 114, Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE)

¹⁷ Artt. 170; 171; 172, Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

¹⁸ Art. 194, Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

¹⁹ G. NAPOLITANO, *La politica europea per il mercato interno dell'energia e il suo impatto sull'ordinamento italiano*, in *Federalismi*, 4, 2012; . QUADRI, *L'evoluzione della politica energetica comunitaria con particolare riferimento al settore dell'energia rinnovabile*, in *Riv. It. Dir. pubbl. comunit.*, 2011, 3-4, p. 839 ss. N. RANGONE, *Fonti rinnovabili di energia: stato della regolazione e prospettive di riforma*, in *Giur. Cost.*, 2, 2010, p. 1490 ss.; A. MASSONE, *La difficile convivenza tra governo del territorio, tutela dell'ambiente e produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili*, in *Foro Amm. TAR*, 3., 2009, p. 654 ss.

dell'Unione con quella degli Stati membri nel settore energetico²⁰ e inserendo, quali obiettivi della politica energetica dell'Unione Europea, la promozione del risparmio energetico, dell'efficienza energetica e dello sviluppo delle energie rinnovabili²¹.

In particolare l'adozione di norme dirette a garantire la libera concorrenza tra le imprese operanti nel settore energetico è stata realizzata con la disposizione che attribuisce al Consiglio, su delibera adottata all'umanità, il potere di adottare direttive volte al ravvicinamento delle discipline degli Stati Membri che abbiano un'incidenza sul funzionamento del mercato comune²².

Il diritto secondario dell'Unione Europea ha poi disciplinato il mercato dell'energia con successive serie di direttive volte ad armonizzare il diritto nazionale degli Stati Membri nel settore energetico²³. Le direttive degli anni '90 in materia di energia elettrica²⁴ e di gas²⁵, hanno disciplinato il mercato dell'energia fissando alcuni principi fondamentali sulla liberalizzazione del settore energetico, in particolare tramite l'abolizione dei diritti esclusivi in materia. Inoltre, al fine di garantire una netta distinzione tra le attività da esercitarsi in regime di concorrenza (produzione e fornitura di energia) e quelle in regime di monopolio (trasmissione e distribuzione del servizio), le direttive hanno prescritto la separazione tra della gestione e della contabilità delle singole fasi di produzione e distribuzione, stabilendo la libertà di accesso alla rete elettrica e l'apertura al mercato ai clienti finali dell'energia. Tale disciplina ha infine introdotto obblighi di servizio pubblico volti ad assicurare negli Stati Membri un livello uniforme di sicurezza, qualità del servizio e tutela ambientale nel funzionamento del mercato energetico²⁶.

Una seconda serie di direttive in materia energetica è stata emanata nei primi anni '2000, di cui la prima con oggetto la promozione di un consumo responsabile ed efficiente dell'energia elettrica²⁷ e le successive²⁸ volte a realizzare ulteriormente la

²⁰ Art. 4, c. 2, lett. i, Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE)

²¹ Art. 194, c. 1, lett c, Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

²² Art. 115, Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE). Pertanto, sebbene gli Stati Membri mantengano la propria sovranità con riguardo allo sfruttamento delle proprie risorse naturali, la loro azione unilaterale non può compromettere gli effetti delle norme europee in materia energetica.

²³ B. POZZO, *Le politiche comunitarie in campo energetico. Un'analisi degli incentivi allo sviluppo delle fonti rinnovabili*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 860 ss.; S. QUADRI, *Lineamenti di diritto internazionale delle fonti di energia rinnovabile*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, p. 56 ss.; F. CACCIA DOMINIONI, *Recenti sviluppi dell'azione normativa della UE in materia energetica*, in *R.G.E.E.*, 2000, p. 369 ss.

²⁴ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 92/1996/CE.

²⁵ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 30/1998/CE.

²⁶ La disciplina europea di regolazione del mercato mira in particolare a evitare l'abuso del monopolista e le intese collusive tra i gestori delle reti, al fine di evitare che l'influenza positiva di una maggiore concorrenza nel settore energetico possa ridursi in maniera rilevante mediante un uso restrittivo del potere di mercato delle imprese in posizione dominante. Affinché i vantaggi prodotti dalla libertà di concorrenza siano effettivamente trasferiti ai cittadini è necessario infatti che l'accesso alla rete sia libero in seguito a una corretta regolazione; AA. VV., *EU Energy Law. EU Competition Law and Energy Markets*, vol. II, Claeys and Casteels, 2007; P.D. CAMERON, *Competition in Energy Markets. Law and Regulation in the European Union*, Oxford University Press, 2007.

²⁷ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2001/77/CE.

separazione delle reti, a estendere la libertà di scelta degli operatori ai piccoli consumatori e a rendere obbligatoria l'istituzione di un soggetto regolatore indipendente del settore energetico in tutti gli Stati Membri. La legislazione europea in materia energetica ha apportato una progressiva apertura dei mercati nazionali, sia dal lato dell'offerta, imponendo alle imprese monopoliste limitazioni esterne alle quote di mercato, sia dal lato della domanda, riconoscendo progressivamente ai consumatori la facoltà di scegliere il proprio fornitore energetico²⁹.

La scelta di un assetto di servizi di pubblica utilità, quali quelli energetici di illuminazione o di riscaldamento, basato sulla libera iniziativa privata e sulla concorrenza ha richiesto come contemperamento un soggetto, di natura pubblica ma indipendente rispetto all'indirizzo politico e al controllo governativo, con funzioni di regolazione del mercato a garanzia di un servizio rivolto al pubblico con caratteristiche di universalità e accessibilità³⁰. L'istituzione di tali organismi indipendenti di regolazione del mercato è stata sancita con riguardo ai servizi di rilevante interesse pubblico³¹, tra cui figura la gestione dei servizi di illuminazione e di riscaldamento e per cui è stata istituita l'Autorità italiana per l'energia elettrica e il gas e il sistema idrico³², a cui sono attribuite una serie di specifiche competenze nel settore energetico³³.

²⁸ Direttive del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2003/54/CE e 2003/55/CE, poi abrogate dalle direttive n. 2009/72/CE e 2009/73/CE.

²⁹ D. FLORENZIANO - S MANICA (a cura di), *Il Governo dell'Energia tra Stato e Regioni*, Università degli Studi di Trento - Dipartimento di scienze giuridiche, 2009, p.60; L. GILI, *Efficienza energetica*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. I, Torino, 2008, p. 340 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano, Giuffrè, 2006.

³⁰ Tali organismi, di diversa natura e attualmente ricondotti sotto il nome di Autorità Indipendenti, sarebbero individuabili per la presenza congiunta di due elementi in capo a loro: la loro funzione regolatrice autonoma, libera dal meccanismo della responsabilità ministeriale e la garanzia di un diritto fondamentale dell'individuo. A. PALMIERO (a cura di), *Il sistema delle Autorità Indipendenti*, Bari, Laterza, 2006; M. CLARICH, *Autorità Indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2005; G. DELLA CANANEA, *L'organizzazione comune dei regolatori per l'energia elettrica e il gas*, in *Riv. It. Dir. pubbl. comunit.*, 2004, p. 1385 ss.; F. MERUSI - M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2003; V. PARISIO, *Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, discrezionalità e controllo giurisdizionale*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 201 ss.; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 659 ss.

³¹ L. 24 dicembre 1993, n. 357; l. 30 luglio 1994, n. 474. Tale percorso di trasformazione dello Stato imprenditore in Stato regolatore è stato accompagnato, dall'altra parte, dalla dismissione delle partecipazioni statali dalla conversione degli enti di gestione delle partecipazioni stesse in società private.

³² L. 14 novembre 1995, n. 481, come modificata da l. 22 dicembre 2011, n. 214.

³³ In particolare l'Autorità, ricondotta nell'alveo delle Autorità Indipendenti (Art. 2, c. 5, l. 14 novembre 1995, n. 481) definisce un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti che armonizzi gli obiettivi economico-finanziari dei soggetti esercenti il servizio con gli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse (Art. 1, l. 14 novembre 1995, n. 481). A questa principale competenza si aggiungono quelle di determinazione della qualità del servizio Art. 2, c. 12, lett. h) di conformazione dell'assetto del mercato (Art. 2, c. 12, lett. a) di regolazione di accesso al mercato e ai servizi (Art. 2, c. 12, lett. a; b; c; o) e in generale di tutela della concorrenza e di monitoraggio del settore (Art. 2, c. 12, lett. i). Tali competenze sono sorrette da un'attribuzione di poteri di diverso tipo, di carattere regolamentare, sanzionatorio e para-giurisdizionale. Nonostante la presenza di un simile soggetto con funzioni e poteri autonomi non si può nondimeno non rilevare come il mercato

La funzione regolatrice dell'Autorità, all'interno di un servizio di pubblica utilità, quale quello del dispacciamento dell'energia elettrica, del gas e dell'acqua corrente, ove i servizi stessi sono erogati tramite reti di proprietà pubblica, è quella di creare i presupposti per un'effettiva concorrenza, regolamentando l'accesso e l'uso delle stesse reti, garantendo ai concorrenti parità di condizioni e separando la gestione delle reti dalla fornitura del servizio. In questo quadro l'Autorità ha lo scopo di promuovere la concorrenza e l'efficienza nei servizi per raggiungere adeguati livelli di qualità degli stessi in condizioni di economicità e redditività, assicurandone la fruibilità e la diffusione in modo omogeneo su tutto il territorio nazionale, ossia a vantaggio finale della comunità amministrata³⁴.

Nel 2009 l'Unione Europea ha adottato un terzo gruppo di direttive in tema di consumo energetico efficiente e di energie rinnovabili. La prima di queste prescrive lo scopo di ridurre del 20% le emissioni di gas a effetto serra negli Stati Membri entro il 2020³⁵; la seconda direttiva ha modificato il sistema europeo di scambio delle quote di emissione ETS che riguarda il 40% circa delle emissioni di gas serra nell'Unione Europea³⁶; la terza delinea in quadro giuridico mirato a assicurare un impiego sicuro e compatibile con l'ambiente delle tecnologie di stoccaggio dell'anidride carbonica³⁷. Gli obiettivi indicati dall'Unione Europea pare debbano essere valutati con particolare riferimento alle attività di riscaldamento e raffreddamento degli edifici, che impiegano circa il 50% del consumo totale di energia e che utilizzano energia proveniente da fonti rinnovabili per il 10%. In particolare la direttiva sulla promozione dell'uso delle energie rinnovabili, nell'affermare gli *standard* del 20% per la quota di energia prodotta da fonti rinnovabili sul consumo energetico europeo e del 10% per la quota di biocarburanti nei trasporti che gli Stati Membri devono raggiungere, ha stabilito che ciascun Stato Membro debba inviare alla Commissione un Piano di Azione Nazionale (PAN) che indichi gli obiettivi per i settori considerati nella direttiva (elettricità, riscaldamento e

energetico sia anche determinato dall'azione del Governo, i cui indirizzi di politica generale nonché gli obiettivi di carattere sociale ed ambientale incida sul sistema tariffario (Art. 1,); le funzioni di indirizzo generale del Governo nel settore dell'energia sono comunque impregiudicate (Art. 2, c. 14) e con valore evidentemente vincolante anche per l'Autorità, e gli è infine riconosciuto un potere sostitutivo in caso di inerzia di quest'ultima (Art. 1, c. 14). Inoltre, da una successiva disciplina legislativa, è stato attribuito il potere al Governo di indicare all'Autorità nell'ambito del documento di programmazione economico-finanziario, il quadro di esigenze di sviluppo dei servizi di pubblica utilità nei settori dell'energia elettrica e del gas di interessi generale (Art. 1, c. 11, l. 23 agosto 2004, n. 239). In dottrina: M. RIZZO, *L'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Riv. It. Dir. pubbl. comunit.*, 6, 2014, p. 1387 ss.; F. DI PORTO, *Un'autorità regolatrice secondo il modello normativo e qualche variante (Autorità per l'energia elettrica e il gas)*, in S. VALENTINI (a cura di), *Diritto e istituzioni della regolazione*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 157 ss.; D. SORACE, *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi d'interesse economico generale*, in *Mercato Conc. Reg.*, 2003, p. 337 ss.; M. ALESIO, *L'autorità per l'energia elettrica e il gas, Le riforme del settore elettrico e del settore del gas*, in *Nuovo dir.*, 2001, p. 770 ss.

³⁴ Art. 1, c. 1, l. 14 novembre 1995, n. 481.

³⁵ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2009/28/CE

³⁶ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2009/29/CE

³⁷ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2009/31/CE.

raffreddamento edifici) e gli strumenti per perseguirli³⁸.

Gli strumenti individuati dalla direttiva sono composti dai regimi di sostegno, dalle misure di cooperazione inter-statali e dalle norme di semplificazione amministrativa. Quest'ultime rappresentano la parte principale dell'intervento europeo che richiede agli Stati Membri di adottare misure appropriate affinché le norme che disciplinano i procedimenti di diritto nazionale autorizzativi siano coordinati tra loro. Tali procedure devono inoltre essere semplificate ed eseguite al livello amministrativo adeguato e le norme che le disciplinano devono essere trasparenti e tenere adeguatamente in conto delle specificità di ciascuna tecnologia.

Particolari prescrizioni sono previste, poi, per il settore edilizio, in cui è imposto l'impiego di livelli minimi energia prodotta da fonti rinnovabili in tutti gli edifici di nuova costruzione e in quelli sottoposti a rilevanti ristrutturazioni, per l'obiettivo dell'autosufficienza energetica dell'edificio stesso. Gli Stati Membri, inoltre, devono prevedere misure specifiche affinché gli edifici pubblici svolgano un ruolo di promozione nella diffusione i sistemi costruttivi coerenti con le politiche di edilizia sostenibile³⁹.

Alla regolazione normativa si aggiungono poi gli atti di *soft-law*, e in particolare la Comunicazione sulle politiche dell'energia e del clima dell'orizzonte 2050⁴⁰ e la Comunicazione sulle priorità clima-energia nel periodo 2020-2030⁴¹ che hanno evidenziato i problemi derivanti dalla crisi economica per il raggiungimento degli obiettivi di efficienza energetica. Nell'ambito della Strategia Europa 2020⁴² è stato poi inserito il programma energetico europeo per la ripresa⁴³, volto a ridurre entro il 2020 le emissioni di anidride carboniche del 20% e incrementando al contempo del 20% sia

³⁸ A. MAESTRONI - M. DE FOCATIIS (a cura di), *Politica energetica, regolazione e mercato. Il nuovo diritto dell'energia tra libertà e limitazioni concorrenziali e ambientali*, Milano, Giuffrè, 2012; S. QUADRI, *Riflessioni sul rapporto tra diritto interno e ordinamento dell'Unione Europea in tema di energia*, in *Riv. It. Dir. pubbl. comunit.*, 6, 2012, p. 1031 ss.; F. DI CRISTINA, *L'attuazione del "Terzo Pacchetto" e il nuovo assetto dei mercati energetici*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2011, 9, 925; E. BRUTI LIBERATI, *Mercati dell'energia e regolazione finalistica: la disciplina delle reti di trasporto nel Terzo Pacchetto Energia*, in www.giustamm.it, 2011.

³⁹ Gli Stati Membri possono introdurre, ad esempio, misure specifiche di sovvenzione per gli edifici a consumo di energia nullo o prevedere che i tetti degli edifici pubblici siano utilizzati da terzi per impianti che producano energia da fonte rinnovabile. V. VITIELLO, *Brevi note sugli impianti fotovoltaici*, in *Riv. Giur. Ambiente*, 5, 2008, p. 835 ss.

⁴⁰ Commissione UE, Comunicazione al parlamento europeo, al consiglio, al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni, *Tabella di marcia per l'energia 2050*, Bruxelles, 15.12.2011 COM(2011) 885 definitivo.

⁴¹ Commissione UE, Comunicazione al Parlamento europeo, al consiglio, al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni *Quadro per le politiche dell'energia e del clima per il periodo dal 2020 al 2030*, Bruxelles, 22.1.2014 COM(2014) 15 final.

⁴² Commissione UE, Comunicazione *Europa 2020: Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, 3 marzo 2010, COM(2010) 2020 def.

⁴³ Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 663/2009 che istituisce un programma per favorire la ripresa economica tramite la concessione di un sostegno finanziario a favore dei progetti nel settore dell'energia.

l'efficienza energetica sia la produzione di energie rinnovabili⁴⁴, tramite misure volte ad accrescere l'efficienza energetica di beni e servizi, a migliorare il rendimento della produzione e distribuzione di energia, a ridurre l'impatto dei trasporti sul consumo e a promuovere il finanziamento di investimenti nel settore.

Accanto alla produzione normativa, vi è poi da considerare la giurisprudenza europea che ha numerose volte segnalato la rilevanza di un uso razionale, efficiente, sostenibile e solidale e condiviso delle fonti energetiche, in particolar modo affermando l'applicabilità anche a questo settore dei principi di diritto ambientale - siccome la regolazione delle fonti energetiche appare chiaramente come un'attività umana con impatto ambientale - di prevenzione, precauzione e del "*chi inquina paga*"⁴⁵. Oltre a ciò la giurisprudenza europea sul diritto dell'energia ha anche emanato statuizioni più particolari, da cui si può in particolare evincere come l'autonomia degli Stati Membri sia progressivamente ridotta per quanto riguarda la regolazione del mercato energetico: in particolare la Corte di giustizia ha già avuto modo di sanzionare per inadempimento gli Stati Membri che non abbiano debitamente recepito le disposizioni previste dalla normativa europea sul rendimento energetico nell'edilizia⁴⁶. La politica energetica europea pare in definitiva ambire a incentivare lo sfruttamento delle fonti energetiche rinnovabili, al cui impiego, in luogo di quelle tradizionali consegue, infatti, la riduzione delle emissioni nocive generate dalla loro produzione e consumo nonché la limitazione della dipendenza dell'Unione Europea dalle importazioni estere di combustibili fossili.

2. Gli obiettivi di efficientamento energetico delle pubbliche amministrazioni e lo sviluppo di smart-cities nell'ambito di città metropolitane.

La più recente direttiva europea in tema di efficienza energetica⁴⁷, come attuata dal decreto legislativo di recepimento nell'ordinamento giuridico italiano⁴⁸, costituisce la disciplina generale per gli obiettivi di efficientamento energetico e di riduzione della dipendenza energetica nelle amministrazioni pubbliche italiane.

⁴⁴ Commissione UE, Comunicazione *Secondo riesame strategico della politica energetica: Piano d'azione della UE per la sicurezza e la solidarietà nel settore energetico*, COM(2008)781 def.

⁴⁵ Corte Giust. UE, Gr. Sez., 9 marzo 2010, n. 378; Gr. Sez., 24 giugno 2008, n. 188.

⁴⁶ In particolare il Regno di Spagna fu sanzionato per aver introdotto norme riguardanti la metodologia di calcolo del rendimento energetico degli edifici solo per le nuove costruzioni e non per quelle già esistenti (Corte Giust. UE, Sez. X, 16 gennaio 2014, C-67/12, *Commissione UE c. Regno di Spagna*); allo stesso modo lo Stato Italiano era stato condannato per aver introdotto una disciplina derogatoria all'obbligo di redazione di un attestato relativo al rendimento energetico dell'immobile in caso di sua vendita o locazione in contrasto con quanto previsto dalla disciplina europea (Corte Giust. UE, Sez. X, 13 giugno 2013, C-345/12, *Commissione UE v. Italia*). Si veda a riguardo A. CANEPA, *La giurisprudenza affronta alcuni aspetti in materia di energia: incentivazione, rendimento energetico, mercato interno e produzione*, in *Riv. It. Dir. pubb. Comunit.*, 2, 2014, p. 569 ss.

⁴⁷ Direttiva 2012/27/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 sull'efficienza energetica, che modifica le direttive 2009/125/CE e 2010/30/UE e abroga le direttive 2004/8/CE e 2006/32/CE.

⁴⁸ D.lgs. 4 luglio 2014, n. 102, Attuazione della direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica, che modifica le direttive 2009/125/CE e 2010/30/UE e abroga le direttive 2004/8/CE e 2006/32/CE.

La scelta di intervenire innanzitutto sugli edifici delle pubbliche amministrazioni pare derivare dalle analisi che valutano il settore pubblico come l'area con le maggiori potenzialità di risparmio energetico con particolare riferimento agli immobili delle pubbliche amministrazioni centrali che rappresentano una quota considerevole dell'intero parco immobiliare pubblico. Tali edifici godono peraltro di un'ampia visibilità nei contesti sociali di riferimento e pertanto gli interventi volti a migliorarne l'efficienza energetica possono assumere un valore esemplare e di promozione delle *best-practices*⁴⁹. Per le amministrazioni pubbliche centrali tale obbligo di realizzare l'efficienza energetica si riferisce tanto al patrimonio immobiliare quanto ai beni strumentali di cui sono proprietarie o a ogni titolo utilizzatrici. Per il conseguimento di tale scopo la normativa europea dispone che gli Stati Membri promuovano il mercato dei servizi energetici sostenendo il settore pubblico nell'esame delle offerte di servizi energetici, in particolare per gli interventi di ristrutturazione edilizia, elaborando contratti *standard* per gli interventi di efficientamento energetico e fornendo informazioni sulle migliori pratiche per i contratti di rendimento energetico, che includano un'analisi costi-benefici basata sull'approccio del ciclo vita⁵⁰.

Secondo la normativa europea ed italiana solo le pubbliche amministrazioni centrali sono obbligate ad acquistare prodotti, servizi ed edifici ad alta efficienza energetica⁵¹. Ai fini dell'applicazione di tale norma⁵² sono intese come pubbliche amministrazioni centrali quelle identificate dal Codice dei Contratti Pubblici⁵³. E' d'interesse notare che una di queste pubbliche amministrazioni centrali, ossia la Consip S.p.a., agisce come centrale di committenza per le amministrazioni statali, centrali e periferiche, le quali sono tenute ad approvvigionarsi facendo ricorso alle convenzioni

⁴⁹ In particolare è stato stimato che il consumo energetico legato al riscaldamento e raffreddamento degli edifici rappresenta il 40% del consumo energetico totale in Europa, § 3 Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2010/31/UE. Inoltre, considerando che il volume totale della spesa pubblica corrisponde al 19 % del prodotto interno lordo dell'Unione, la diminuzione del consumo di energia e il miglioramento dell'efficienza energetica possono liberare risorse pubbliche da destinare ad altri fini, Art. 5; § 15 - 17 della Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 27/2012/UE.

⁵⁰ Art. 18, Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2012/27/UE.

⁵¹ Art. 6, c.1, d.lgs. 4 luglio 2014, n. 102; Si confronti Art. 6 (1), Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 27/2012/UE.

⁵² Ai sensi della normativa europea con pubbliche amministrazioni centrali s'intendono quelle pubbliche amministrazioni la cui competenza territoriale si estende su tutto il territorio di uno Stato Membro, § 17, Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 27/2012/UE.

⁵³ Allegato III, d.lgs. 18 aprile 2016, b. 50: Organismi committenti; Presidenza del Consiglio dei Ministri; Ministero degli Affari Esteri; Ministero dell'Interno (incluse le Prefetture-Uffici Territoriali del Governo e le Direzioni regionali e interregionali dei Vigili del Fuoco); Ministero della Giustizia e Uffici giudiziari (esclusi i giudici di pace); Ministero della Difesa; Ministero dell'Economia e delle Finanze; Ministero dello Sviluppo Economico; Ministero delle Politiche Agricole, Alimentari e Forestali; Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare; Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti; Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali (incluse le sue articolazioni periferiche); Ministero della Salute; Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca; Ministero dei Beni e delle Attività culturali e del Turismo (comprensivo delle sue articolazioni periferiche); CONSIP S.p.A.; Agenzia nazionale dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata

Consip, per le categorie merceologiche disponibili⁵⁴. Consip S.p.a., così come le centrali di committenza regionali, è inoltre incaricata di acquisire alcune categorie di servizi e prodotti per le pubbliche amministrazioni centrali e locali superiori a una certa soglia economica⁵⁵.

In particolare la Consip S.p.a. ha adottato una convenzione *Servizio Integrato Energia (SIE)* e dei servizi connessi per gli edifici in uso alle pubbliche amministrazioni, ad eccezione di quelle sanitarie, che prevede l'affidamento di tutte le attività di gestione, conduzione e manutenzione degli impianti di climatizzazione invernale e termici integrati degli edifici pubblici, la fornitura del vettore energetico termico e l'implementazione d'interventi di riqualificazione e di efficientamento energetico⁵⁶. Siccome la disciplina prevede espressamente che anche Consip S.p.a. sia tenuta ad adeguare i criteri e le procedure per l'acquisto di beni e servizi alle disposizioni previste in materia d'efficienza energetica⁵⁷, le pubbliche amministrazioni centrali e locali che utilizzano le sue modalità di acquisto conseguono i benefici degli acquisti conformi principi e requisiti previsti nella normativa di efficienza energetica⁵⁸.

La disciplina italiana sull'efficienza energetica, conformemente a quanto richiesto a livello europeo, ha previsto un proprio obiettivo di efficientamento energetico sia di carattere nazionale⁵⁹ sia con riguardo specifico alla riduzione dei consumi nel settore pubblico⁶⁰. Al fine di finanziare tali ristrutturazioni, comprensive delle spese derivanti dalla realizzazione di diagnosi energetiche e di quelle volte a mantenere o migliorare l'efficienza energetica a lungo termine, le pubbliche amministrazioni, oltre a poter beneficiare delle risorse del Fondo nazionale per l'efficienza energetica⁶¹, sono tenute a ricorrere a contratti di rendimento energetico con società di servizi energetici attraverso le forme di partenariato pubblico-privato.

A questo fine le pubbliche amministrazioni centrali hanno l'obbligo di attenersi al rispetto di requisiti minimi di efficienza energetica, definiti nella disciplina italiana a

⁵⁴ Art. 2, c. 574, l. 24 dicembre 2007, n. 244; Art. 1, c. 449, l. 27 dicembre 2006, n. 296; Art. 26, c. 1, 3, l. 23 dicembre 1999, n. 488.

⁵⁵ Art. 9, c. 3, d.l. 24 aprile 2014, n. 66; Art. 1, c. 1, 7, d.l. 6 luglio 2012, n. 95.

⁵⁶ Convenzione Consip S.p.a. Servizio Integrato Energia e dei Servizi connessi per le Pubbliche Amministrazioni, IV edizione, pubblicato il 30 novembre 2015.

⁵⁷ Art. 6, c. 8, d.lgs. 4 luglio 2014, n. 102.

⁵⁸ Art. 6, c. 1, 2; All. I, d.lgs. 4 luglio 2014, n. 102; si confronti Art. 6 (1); All. III, Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 27/2012/UE.

⁵⁹ Art. 3, c. 1, d.lgs. 4 luglio 2014, n. 102, che prevede la riduzione, entro l'anno 2020, di 20 milioni di tonnellate equivalenti di petrolio dei consumi di energia primaria, pari a 15,5 milioni di tonnellate equivalenti di petrolio di energia finale, conteggiati a partire dal 2010, in coerenza con la Strategia energetica nazionale.

⁶⁰ Art. 5, c. 1, d.lgs. 4 luglio 2014, n. 102, che prevede interventi sugli immobili della pubblica amministrazione centrale nel periodo 2014-2020 tali da conseguire una riqualificazione energetica pari almeno al 3% annuo della superficie totale climatizzata o, in alternativa, tali da comportare un risparmio energetico nel periodo 2014-2020 di almeno 0,04 Mtep.

⁶¹ Art. 15, c. 3, d. lgs. 4 luglio 2014, n. 102.

livello regolamentare⁶², quando acquistano o prendono in locazione immobili, prodotti e servizi energetici⁶³: tale obbligo si considera adempiuto⁶⁴ qualora gli acquisiti delle pubbliche amministrazioni rispettino almeno gli standard, previsti nelle specifiche tecniche⁶⁵, contenuti nei criteri ambientali minimi per le relative categorie di prodotti e servizi energetici⁶⁶ come indicati nel Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione⁶⁷.

I contratti pubblici di acquisto d'immobili, prodotti e servizi energetici devono pertanto includere come criterio nella valutazione delle offerte il rispetto dei requisiti di efficienza energetica previsti nella normativa, purché essi siano coerenti con il rapporto costo-efficacia, con la fattibilità economica e con l'idoneità tecnica e fintanto che ciò non comporti una severa restrizione della concorrenza. Tali elementi operano perciò quali deroghe all'obbligo di acquistare beni ad alta efficienza energetica: gli elementi tecnici ed economici a sostegno di tale deroga ai requisiti minimi di efficienza energetica devono essere tuttavia precisati e motivati nei documenti di gara⁶⁸, precisazione che rafforza la configurazione della regola di acquistare beni ad alta efficienza energetica come obbligo generale pendente in capo alla pubblica amministrazione. A tale obbligo consegue la previsione di responsabilità amministrativa, gestionale ed esecutiva pendente sul responsabile del procedimento connesso all'attuazione degli obblighi di miglioramento dell'efficienza energetica all'amministrazione pubblica proprietaria o utilizzatrice del bene o servizio⁶⁹.

Un'altra deroga ai requisiti minimi di efficienza energetica, applicabile invece a tutti gli acquisti pubblici sia di immobili sia di servizi e prodotti, è prevista nel caso in cui la pubblica amministrazione pervenga all'acquisto contestuale di un insieme di prodotti differenti nella stessa fornitura: in tal caso la valutazione dell'efficienza energetica globale dell'insieme di prodotti costituisce criterio di scelta prevalente rispetto alla valutazione dell'efficienza energetica dei singoli prodotti⁷⁰. Con riguardo alle sole procedure per la stipula di contratti d'acquisto o di locazione d'immobili, sono

⁶² Ministero dell'Ambiente e della tutela del Territorio e del Mare, Piano d'Azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della Pubblica Amministrazione (Piano Nazionale d'Azione sul Green Public Procurement - Pan Gpp), § 3.6, decreto interministeriale 11 Aprile 2008, n. 135; Criteri Ambientali Minimi per l'affidamento di servizi energetici per gli edifici - Servizio di illuminazione e forza motrice - Servizio di riscaldamento/raffrescamento, 7 Marzo 2012.

⁶³ Art. 6, c.1, d.lgs. 4 luglio 2014, n. 102; All. 1, d.lgs. 4 luglio 2014, n. 102.

⁶⁴ Art. 6, c. 1, 2, d.lgs. 4 luglio 2014, n. 102.

⁶⁵ Secondo la Commissione Europea l'individuazione delle specifiche tecniche è la fase in cui è maggiormente possibile inserire considerazioni ambientali e verso la scelta di prodotti e servizi ecocompatibili; Commissione UE, *Comunicazione Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici*, COM(2001) 274.

⁶⁶ Criteri Ambientali Minimi per L'affidamento di Servizi Energetici per gli edifici - Servizio di illuminazione e forza motrice - Servizio di riscaldamento/raffrescamento, 7 Marzo 2012.

⁶⁷ Ministero dell'Ambiente e della tutela del Territorio e del Mare, Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della Pubblica Amministrazione (Piano Nazionale d'Azione sul Green Public Procurement - Pan Gpp), § 3.6, 11 Aprile 2008.

⁶⁸ Art. 6, c. 4, I, d.lgs. 4 luglio 2014, n. 102.

⁶⁹ Art. 12, c. 2 d.lgs. 30 maggio 2008, n. 115.

⁷⁰ Art. 6, c. 6, d.lgs. 4 luglio 2014, n. 102.

previste due ulteriori deroghe, potendosi prescindere dai requisiti di efficienza energetica qualora l'acquisto pubblico sia finalizzato a intraprendere una significativa ristrutturazione o una demolizione dell'immobile⁷¹ o per salvaguardare lo stesso in quanto appartenente a determinate aree protette o per il suo particolare valore architettonico o storico⁷².

Rispetto alla disciplina europea, che prevede che tali previsioni si applichino ai soli acquisti di prodotti, servizi e edifici che abbiano un importo superiore alle soglie europee⁷³, la normativa italiana ha adottato un approccio più restrittivo prevedendo che, con riguardo nuovamente ai soli nuovi contratti di acquisto o di locazione di immobili, tali obblighi siano applicati indipendentemente dal valore economico del contratto⁷⁴. La *ratio legis* della più stringente disciplina legislativa italiana, rispetto al modello europeo, può essere ricondotta alla necessità di evitare la frammentazione degli acquisti di servizi energetici per edifici - attuata tramite il calcolo di prezzi appena inferiori alle soglie europee di modo da aggirarne le previsioni che valgono solo per gli acquisti sopra-soglia - nonché all'obiettivo di conseguire in ogni caso risparmi energetici in considerazione delle spese, particolarmente elevate, connesse ai servizi energetici negli immobili della pubblica amministrazione italiana⁷⁵.

Siccome la normativa europea ha disciplinato i soli acquisti pubblici realizzati da pubbliche amministrazioni centrali, per quanto concerne quelli realizzati a livello locale è unicamente previsto che gli Stati Membri incentivino gli enti pubblici regionali e locali, a conformarsi a quanto realizzato dalle pubbliche amministrazioni centrali acquistando prodotti, servizi ed edifici ad alta efficienza energetica⁷⁶, così come previsto dalla normativa italiana di recepimento⁷⁷.

Nell'ordinamento giuridico italiano, ai sensi del riparto costituzionale delle competenze tra Stato e Regioni, la produzione, il trasporto e la distribuzione nazionale dell'energia è materia di legislazione concorrente⁷⁸, entro cui le Regioni hanno potestà legislativa autonoma salva la determinazione dei principi fondamentali da parte della

⁷¹ Art. 6, c. 4, II, lett. a, d.lgs. 4 luglio 2014, n. 102.

⁷² Art. 6, c. 4, II, lett. b, d.lgs. 4 luglio 2014, n. 102.

⁷³ Art. 7, Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2004/18/UE.

⁷⁴ Art. 6, c. 3, d.lgs. 4 luglio 2014, n. 102.

⁷⁵ Agenzia Nazionale per le nuove tecnologie, l'energia e lo sviluppo economico sostenibile (ENEA), *Piano d'Azione Italiano per l'Efficienza Energetica*, Luglio 2014.

⁷⁶ Art. 6(3), Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 27/2012/UE.

⁷⁷ Art. 6, c. 9, d.lgs. 4 luglio 2014, n. 102.

⁷⁸ Art. 117, c. 3 Costituzione; Corte Cost., 17 giugno 2010, n. 215. Si veda però a riguardo anche Corte Cost., 27 marzo 2009, n. 88 che ha respinto i ricorsi di legittimità costituzionale di norme statali in relazione a questioni concernenti il rapporto tra mercato, ambiente ed energie rinnovabili: la Consulta ha infatti ritenuto che le norme impugnate, pur ripercuotendosi sulle materie della distribuzione, trasporto e distribuzionale nazionale dell'energia, e perciò di competenza concorrente Stato-Regioni, sono caratterizzate dalla finalità prevalente di assicurare e confortare gli interessi peculiarmente connessi alla protezione dell'ambiente nell'ambito di un mercato concorrenziale, obiettivi espressamente sanciti all'art. 117, c. 2, lett. e; s come materie in cui lo Stato detiene la potestà legislativa esclusiva.

legislazione statale⁷⁹: i principi delineati nel decreto legislativo paiono valere a tutti gli effetti come principi fondamentali della materia e impongono che tutte le pubbliche amministrazioni si attengano ai rispetto dei requisiti minimi di efficienza energetica nelle procedure di acquisto di prodotti, servizi e immobili, salvo che confliggano con le valutazioni di costo-efficacia, fattibilità economica, idoneità tecnica, o comporti una severa restrizione della concorrenza. Gli standard regionali in materia non possono che essere di livello uguale o superiore, siccome laddove decrementassero quelli previsti a livello statale, sarebbero in contrasto sia con la legislazione statale sia con gli obblighi del diritto europeo. Nel caso in cui, poi, le Regioni non adottino autonomamente requisiti di efficienza energetica, quelli previsti dallo Stato saranno applicabili⁸⁰.

In aggiunta alla legislazione direttamente volta a contenere il consumo energetico si collocano, nel raggiungimento dei medesimi obiettivi, le disposizioni di contenimento della spesa pubblica che hanno previsto l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di adottare misure generali finalizzate al contenimento dei consumi di energia e dell'efficientamento degli usi finali della stessa, e in particolare disponendo che le pubbliche amministrazioni possano accedere alle agevolazioni economiche - c.d. *conto termico* - previsti per interventi di piccole dimensioni per l'incremento dell'efficienza energetica e per la produzione di energia termica da fonti rinnovabili⁸¹. Tali norme regolatrici degli acquisti delle pubbliche amministrazioni di immobili, prodotti e servizi energetici sembrano rientrare in un più ampio intervento di efficientamento energetico del settore pubblico contraddistinto da misure programmatiche volte a evidenziarne la necessaria sistematicità per assicurare il corretto utilizzo delle risorse pubbliche che è anche condizionato da un utilizzo razionale, efficiente e sostenibile dei beni energetici.

Su impulso degli obblighi assunti in sede europea sono stati in particolare sviluppati i Piani d'azione per l'efficienza energetica (PAEE)⁸² e la Strategia Energetica

⁷⁹ L. CUOCOLO, *Le energie rinnovabili tra Stato e Regioni: un equilibrio instabile tra mercato, autonomia e ambiente*, Milano, Giuffrè, 2011; E. DI SALVATORE, *Lo Stato e le Regioni nel groviglio della politica energetica nazionale*, in *Giur. Cost.*, 6, 2009, p. 5047 ss.

⁸⁰ La Regione Emilia-Romagna, per esempio, ha recepito le norme della direttiva europea sull'efficienza energetica nella propria legislazione regionale in anticipo rispetto all'implementazione Nazionale realizzata tramite il d.lgs. n. 102/2014, adottando un obiettivo di efficientamento energetico (Art. 4, c.1, l. reg. Emilia-Romagna 27 giugno 2014, n. 7) all'interno del proprio programma energetico (Art. 8, Emilia-Romagna l. reg. 23 dicembre 2004, n. 26) da perseguirsi tramite misure per incoraggiare gli investimenti nella riqualificazione energetica degli edifici e l'utilizzo di strumenti di appalti pubblici sostenibili (Art. 25-novies, c. 2, lett. a, c, l. reg. Emilia-Romagna 23 dicembre 2004, n. 26 come modificata dalla l.reg. Emilia-Romagna 27 giugno 2014, n. 7).

⁸¹ Artt. 1, 3, d.m. 28 dicembre 2012, n. 1.

⁸² Agenzia Nazionale per le nuove tecnologie, l'energia e lo sviluppo economico sostenibile (ENEA), *Piano d'Azione Italiano per l'Efficienza Energetica*, Luglio 2014. Dopo i PAEE del 2007 e 2011, da ultimo, è stato adottato con d.m. 17 luglio 2014 il PAEE 2014, recante gli obiettivi nazionali di *efficienza energetica* al 2020 e le misure di *policy* previste per il raggiungimento dei degli obiettivi, che sono annuali e in linea con quelli di cui al d.lgs. 4 luglio 2014, n. 102, consistenti nel: (i) risparmio di 15,5 Mtep di energia finale; (ii) riduzione delle emissioni di circa 55 milioni di tonnellate di CO₂; (iii) risparmio di circa 8 miliardi di euro di importazioni di combustibili fossili. A tal fine, il PAEE, in linea con la SEN, propone, inter: (i) il rafforzamento degli standard energetici minimi per la realizzazione di nuovi edifici e per la ristrutturazione di quelli esistenti, che porti progressivamente a edifici a energia

Nazionale (SEN)⁸³ che hanno fissato obiettivi di efficienza e formulato misure di *policy* volte al raggiungimento dei fini dell'efficienza energetica in diversi settori tra cui quello del risparmio energetico negli enti pubblici. A livello di pianificazione amministrativa è da lungo tempo previsto l'obbligo per le Regioni e per le province autonome di Trento e di Bolzano nonché per i Comuni con un numero di abitanti superiore a 50.000, di dotarsi di uno strumento di pianificazione dell'uso razionale dell'energia con lo scopo di rispondere efficacemente agli obiettivi di contenimento energetico, sotto il nome di Piano Energetico Comunale⁸⁴.

Lo scopo di tale documento è l'integrazione del fattore energia nella pianificazione del territorio, individuando scelte strategiche per migliorare lo stato ambientale del territorio comunale e promuovere l'uso delle fonti energetiche rinnovabili nella direzione di uno sviluppo sostenibile.

La disciplina dell'efficienza energetica nel settore pubblico prevede, infatti, che le Regioni concorrano, con il coinvolgimento degli enti locali, al perseguimento degli obiettivi delineati a livello nazionale ed europeo di riduzione dei consumi di energia e di efficientamento dei loro sistemi energetici e in particolare che si sviluppi una cooperazione amministrativa nella stesura dei contratti pubblici per la realizzazione di consumi energetici e nella diffusione delle *best-practices* in materia⁸⁵. Il coinvolgimento degli enti locali nella pianificazione e gestione delle risorse energetiche e la creazione di reti amministrative che facciano riferimento a un *hub* centrale per la promozione dei modelli più innovativi in materia pare non solo ottemperare ad un preciso obbligo legislativo ma appare, al contempo, rispondere ad un'imprescindibile esigenza dello sviluppo urbano ed un'importante opportunità per l'orientamento di quest'ultimo nella

quasi zero, come previsto dalla direttiva n. 2010/31/UE; (ii) il rafforzamento dell'incentivazione per interventi sul patrimonio immobiliare della PA e (iii) il miglioramento del meccanismo dei certificati bianchi, nel settore industriale.

⁸³ Ministero dello Sviluppo Economico, *Strategia Energetica Nazionale: per un'energia più competitiva e sostenibile*, 14 marzo 2013. La SEN assegna un ruolo prioritario all'efficienza energetica, in particolare, prevede: (i) la riduzione del *gap* di costo dell'energia in Italia rispetto agli altri Paesi europei; (ii) il raggiungimento e superamento degli obiettivi ambientali e di de-carbonizzazione definiti dal Pacchetto europeo Clima-Energia 2020; (iii) la sicurezza di approvvigionamento; (iv) la crescita economica sostenibile attraverso lo sviluppo del settore energetico. Ai sensi della SEN, la promozione dell'efficienza energetica, è lo "*strumento ideale per perseguire tutti gli obiettivi sopra menzionati e su cui il potenziale di miglioramento è ancora significativo*". L'efficienza energetica è, dunque, al primo posto tra le azioni di intervento prioritarie a supporto della SEN sia nel medio che nel lungo periodo (la SEN, infatti, ha un duplice orizzonte temporale di riferimento, il 2020 e il 2050).

⁸⁴ Art. 5, c. 1, 5, l. 9 gennaio 1991, n. 10.

⁸⁵ Artt 3, c. 2; 6, c. 9; 14, c. 3, d.lgs. 4 luglio 2014, n. 102. Per esempio, la Città di Torino ha rinnovato la propria convezione con l'operatore economico erogatore dei servizi d'illuminazione cittadini affinché fosse conforme ai nuovi standard in materia di consumo energetico determinati a livello europeo, Città di Torino, Deliberazione del Consiglio cittadino, 1 Agosto 2014, n. 2014-03556/064; la Regione Piemonte ha definito un capitolato tipo per i contratti pubblici di rendimento energetico allo scopo di dotare la pubblica amministrazione regionale di un modello *standard* per gli acquisti energetici nonché per poter fodere degli incentivi previsti all'interno del conto termico di cui al d.m. 28 dicembre 2012, Regione Piemonte, Deliberazione della Giunta regionale, 4 marzo 2013, n. 3-5449.

prospettiva di costituzione di *smart cities*⁸⁶.

I maggiori centri urbani sembrano essere, infatti, i soggetti maggiormente qualificati per intervenire significativamente nella riduzione dei consumi energetici e nel loro efficientamento, in ragione soprattutto della loro legittimazione in termini di *problem-solving*⁸⁷ dovuta al fatto di rappresentare i contesti più idonei alla sperimentazione di soluzioni innovative ai problemi della metropolizzazione della popolazione quale l'eccessivo consumo energetico. La legittimazione degli enti pubblici locali a rispondere alle sfide del consumo energetico efficiente ha trovato in particolare espressione nel documento siglato nel 2008 da numerose città europee, costitutesi in una rete al fine di aumentare l'efficienza energetica e l'utilizzo di risorse energetiche rinnovabili nei territori di propria competenza⁸⁸.

Tale accordo di collaborazione amministrativa era già previsto nel Piano d'Azione per l'efficienza energetica dell'Unione Europea⁸⁹, che prevedeva, con riferimento all'efficienza energetica negli agglomerati urbani, un accordo tra le autorità locali europee più avanzate sul piano dell'efficienza energetica per la costituzione di una rete di scambio delle *best-practices*.

Lo sviluppo delle *smart-cities* anche a livello europeo pare pertanto svilupparsi tramite le iniziative programmatiche che coniugano le esigenze di crescita economica con la promozione di soluzioni tecnologiche innovative che promuovano un consumo energetico efficiente le quali trovano la propria genesi e la propria utenza nei maggiori centri urbani. La costituzione nell'ordinamento giuridico italiano di nuove forme organizzative di alcune realtà territoriali di area vasta, ossia le città metropolitane⁹⁰, appare del tutto in linea con lo sviluppo di *smart-cities* e si pone come fattore agevolante nella realizzazione di consumi energetici efficienti attraverso la costituzione di soggettività pubbliche che realizzino migliori acquisti pubblici nel settore energetico. Tra le funzioni fondamentali attribuite alle città metropolitane vi è in particolar modo la

⁸⁶ R. FERRARA, *The Smart City and the Green Economy in Europe: a Critical Approach*, in *Energies*, 8, 2015, p. 4724 ss.; E. FERRERO, *Le smart cities nell'ordinamento giuridico*, in *Foro Amm.*, 4, 2015, p. 1267 ss.; E. DE MICHELIS, *Lo Statuto della città metropolitana di Torino*, in *Istituzioni del Federalismo*, Numero Speciale, 2014, p. 189 ss.; J. B. AUBY, *Droit de la ville: Du fonctionnement juridique des villes au droit à la Ville*, Parigi, LexisNexis, 2013

⁸⁷ L. VANDELLI, Relazione al Convegno: "L'evoluzione delle città tra riforma e innovazione: Città metropolitane e Smart Cities", Università degli Studi di Torino, 7 maggio 2015.

⁸⁸ In particolare si segnala l'iniziativa europea de "Il Patto dei Sindaci" (*Covenant of Mayors*, http://www.covenantofmayors.eu/index_en.html) che vede coinvolte le autorità locali e regionali che si impegnano volontariamente ad aumentare l'efficienza energetica e l'utilizzo di fonti energetiche rinnovabili nei loro territori. Attraverso il loro impegno i firmatari del Patto intendono raggiungere e superare l'obiettivo europeo di riduzione del 20% delle emissioni di anidride carbonica entro il 2020.

⁸⁹ Commissione UE, Comunicazione della Commissione, *Piano d'azione per l'efficienza energetica: concretizzare le potenzialità*, 19 ottobre 2006, COM(2006) 545.

⁹⁰ Artt. 114, 117, c. 2, lett. p. Cost.; Art. 1, c. 2, 5, 6 l. 7 aprile 2014, n. 56. In dottrina: L. VANDELLI, *Città metropolitane Province, Unioni e fusioni di Comuni – La legge Delrio*, 7 aprile 2014, n. 56 commentata comma per comma, Rimini, Maggioli, 2014, p. 19 ss.; G. VESPERINI, *La legge "Delrio": il riordino del governo locale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 8-9, 2014, p. 786 ss.

pianificazione strategica⁹¹, di durata triennale, costituente l'atto di indirizzo per l'esercizio delle funzioni dell'ente metropolitano e dei Comuni e delle Unioni di Comuni compresi nel territorio metropolitano, che definisce le risorse, i tempi e i metodi di attuazione degli interventi. Pare del tutto possibile che in tale attività di pianificazione amministrativa siano inseriti i precedenti Piani energetici comunali di tutte le realtà locali presenti nel territorio metropolitano. Per le sue capacità organizzative e dimensioni funzionali la città metropolitana pare, infatti, costituire il livello amministrativo ottimale per il coordinamento e gestione delle reti energetiche⁹². La competenza di tali funzioni in capo alla città metropolitana pare ancor più rafforzata alla possibilità, in via convenzionale, di svolgere nell'interesse dei comuni le funzioni di stazione unica appaltante nonché di proporsi come soggetto aggregatore⁹³. Per favorire tale evoluzione degli enti pubblici locali, l'Agenzia Nazionale per la promozione di un consumo energetico razionale, efficiente e sostenibile nella pubblica amministrazione⁹⁴ adotta un programma generale di formazione dei pubblici ufficiali che abbiano funzioni di efficientamento energetico del settore pubblico e fornisce assistenza tecnica alle pubbliche amministrazioni negli acquisti in materia energetica⁹⁵.

3. L'utilizzo dell'energy performance contract a tutela dell'efficienza energetica delle pubbliche amministrazioni.

In relazione agli obiettivi di conseguimento di consumi energetici efficienti le normative europea e nazionale⁹⁶ hanno elaborato la nozione di *servizio energia* per individuare la prestazione materiale derivante da un contratto di esercizio e manutenzione d'impianti energetici che identifica il proprio risultato nel garantire la condizione di benessere e di sicurezza in un immobile su cui si esercita un intervento che integra le molteplici funzioni e attività legate al riscaldamento e raffreddamento⁹⁷. In particolare la forma contrattuale con la quale può essere erogato il *servizio energia* è quella del contratto di rendimento energetico (Energy Performance Contract, EPC).

Originariamente la disciplina italiana di recepimento della normativa europea identificava tale contratto con l'accordo tra due parti in cui una, il soggetto fornitore, si obbligava al compimento, con mezzi propri o di terzi, di servizi e interventi volti alla riqualificazione e all'efficientamento di un sistema energetico di un immobile di

⁹¹ Art. 1, c. 44, lett. a, l. 7 aprile 2014, n. 56.

⁹² Per esempio, Art. 9, c. 3, St. Città Metropolitana Torino.

⁹³ Art. 9, d.l. 24 aprile 2014, n. 66.

⁹⁴ Art. 2, lett. g, d.lgs. 4 luglio 2014, n. 102.

⁹⁵ Art. 13, c. 1, 3, d.lgs. 4 luglio 2014, n. 102.

⁹⁶ Art. 2, lett. e, d. lgs. 30 maggio 2008, n. 115; si confronti Art. 3 (1) lett. e, Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2006/32/CE.

⁹⁷ Laddove per *efficienza energetica* s'intende il rapporto tra i risultati in termini di rendimento, servizi, merci o energia, da intendersi come prestazione fornita, e l'immissione di energia, e per *miglioramento dell'efficienza energetica* l'incremento dell'efficienza degli usi finali dell'energia, risultante da cambiamenti tecnologici o economici; Art. 2, c. 1, lett. b, c, d.lgs. 30 maggio 2008, n. 115;

proprietà dell'altra parte, il soggetto beneficiario, verso un corrispettivo⁹⁸. In tale disciplina il legislatore italiano pertanto già definiva il contratto di rendimento energetico, senza dettarne però una disciplina specifica. Nella stessa fonte legislativa erano stati anche individuati i soggetti chiamati a svolgere le attività del servizio energia, i quali in ragione delle diverse modalità di intervento con cui operano sul mercato, sono distinti in ESCO (*Energy Services Company*) e ESPCO (*Energy Services Provider Company*). In particolare le ESCO si configurano come società di scopo che realizzano il servizio energia non solo attraverso la disponibilità di *know-how*, ma soprattutto di tecnologie e capitale e in tal senso realizzano ed eventualmente gestiscono interventi per ridurre i consumi energetici per conto di soggetti pubblici e privati e che, secondo la definizione legislativa, sono remunerate in relazione al miglioramento dell'efficienza energetica conseguito⁹⁹. Le ESPCO, invece, operano come società di consulenza atte a porre in essere servizi energetici volti al miglioramento dell'efficienza nell'uso dell'energia¹⁰⁰. L'intervento di efficientamento energetico realizzato da una ESCO, la cui attività viene verificata e monitorata durante l'intera durata del contratto, prevede che gli investimenti da essa realizzati siano pagati in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica stabilito contrattualmente o di altri criteri di prestazione energetica concordati, quali i risparmi finanziari. L'intero intervento di efficientamento energetico è generalmente scandito in una serie di fasi in cui il soggetto fornitore e il soggetto beneficiario determinano l'ampiezza e la tipologia dell'attività da prestare¹⁰¹. L'originaria assenza di tipicità del contenuto del contratto di rendimento

⁹⁸ Art. 2, lett. *l.*, d.lgs. 30 maggio 2008, n. 115; si confronti Art. 3 (1), lett. *j*, Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2006/32/CE; ancor prima, tuttavia senza offrire una disciplina specifica a tale tipo contrattuale, art. 1, c.1, lett. *p*, d.p.r. 26 agosto 1993, n. 412.

⁹⁹ P. RADAELLI - M. ZEME, *Le Energy Service Company (E.S.Co)*, in G. BONARDI - C. PATRIGNANI (a cura di), *Energie alternative e rinnovabili*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 473 ss.; M. LIBANORA, *Le società E.S.Co. e la politica energetica territoriale - Le Energy Services Companies in Partnership Pubblico-Privato*, Ipsoa, 2009; F. SAVORANA - M. FAURI, A. SAVORANA, *E.S.Co*, Palermo, Flaccovio Dario, 2008.

¹⁰⁰ Art. 2, lett. *i*, d.lgs. 30 maggio 2008, n. 115.

¹⁰¹ I servizi prestati dalle ESCO in esecuzione di un contratto di rendimento energetico sono idealmente suddivisibili in cinque tipologie principali e ordinati secondo una precisa sequenza temporale. La prima attività svolta dall'ESCO, in ordine temporale, consiste nello svolgimento di un audit energetico. L'attività di *audit* energetico è propedeutica all'esecuzione dello studio di fattibilità e alla realizzazione degli interventi di efficientamento energetico. La disciplina dell'audit energetico può essere contenuta in un accordo tra l'ESCO e il cliente, separato rispetto al contratto di rendimento energetico. A seguito dell'attività di *audit* la ESCO svolge uno studio di fattibilità finalizzato ad individuare gli interventi opportuni per la diminuzione dei consumi energetici del sistema e un aumento dell'efficienza. L'ESCO individua le soluzioni tecnologiche più appropriate, anche attraverso una valutazione dei relativi costi/benefici, ed esegue una stima il più precisa possibile dei costi legati alla realizzazione degli interventi e dei ricavi attesi. L'ESCO, inoltre, predispose un piano economico-finanziario in cui sono presi in considerazione vari scenari ipotizzabili sui tassi d'interesse, sui rischi, sulle coperture assicurative e sui tempi di rientro dell'investimento che, ovviamente, dipendono in misura sostanziale dalla *performance* delle opere. Al termine dell'*audit* energetico e dello studio di fattibilità, l'ESCO può proporre al cliente la sottoscrizione di un contratto di rendimento energetico nel quale le parti determinano gli interventi da eseguirsi, il corrispettivo, le modalità di pagamento e di finanziamento nonché le altre condizioni contrattuali applicabili. Nell'ambito dell'esecuzione degli interventi è possibile che l'ESCO assuma nei confronti del cliente l'obbligo di somministrare, per l'intera durata del contratto di rendimento energetico, energia elettrica, gas, vapore, calore o freddo presso i sistemi di quest'ultimo e presso gli impianti oggetto degli interventi.

energetico è stata superata con la disciplina di recepimento della successiva direttiva europea sull'efficienza energetica entro cui è il contratto di rendimento energetico è stato definito più dettagliatamente, prevedendo che, quando l'accordo contrattuale con oggetto un intervento di miglioramento dell'efficienza energetica di un immobile abbia come soggetto beneficiario una pubblica amministrazione, esso debba obbligatoriamente contenere gli elementi minimi elencati nell'Allegato VIII del decreto legislativo¹⁰², e che il contratto di rendimento energetico che li presenti possa accedere ai benefici economici di cui al conto termico¹⁰³.

Nonostante l'opportuna introduzione della previsione degli elementi minimi, non pare si possa affermare che a oggi sia stata ancora delineata una disciplina compiuta per il contratto di rendimento energetico i cui contenuti, nella prassi, sono spesso determinati dall'autonomia contrattuale delle parti le quali spesso si avvalgono di modelli mutuati dalle esperienze straniere con interessanti fenomeni di ibridazione. In particolare in relazione alla ripartizione del rischio economico tra i tre soggetti, soggetto fornitore, soggetto beneficiario e soggetto terzo finanziatore eventualmente coinvolto, nonché delle modalità di ripartizione dell'utile, si possono configurare diversi tipi di *energy performance contract*. Tendenzialmente si fa utilizzo di due diverse tipologie generali di contratto di rendimento energetico: il contratto di rendimento energetico a risparmi garantiti (*guaranteed savings*) e il contratto di rendimento energetico a risparmi condivisi (*shared saving*).

Il modello di contratto di rendimento energetico *guaranteed savings* prevede che il soggetto finanziatore coincida col il soggetto beneficiario - ossia quest'ultimo finanzia l'operazione di efficientamento energetico sull'immobile in sua disponibilità - mentre il soggetto fornitore abbia il compito di realizzare un intervento che garantisca un certo livello di risparmio energetico concordato, stabilito sulla base dell'analisi di fattibilità, in base a cui riceve il compenso dal soggetto beneficiario. In particolare, in tale tipo di contratto il soggetto beneficiario è tenuto a pagare al soggetto fornitore dei corrispettivi

¹⁰² Art. 14, c. 1, d.lgs. 4 luglio 2014, n. 102; Allegato VIII, d.lgs. 4 luglio 2014, n. 102: a) *Un elenco chiaro e trasparente delle misure di efficienza da applicare o dei risultati da conseguire in termini di efficienza;* b) *I risparmi garantiti da conseguire applicando le misure previste dal contratto;* c) *La durata e gli aspetti fondamentali del contratto, le modalità e i termini previsti;* d) *Un elenco chiaro e trasparente degli obblighi che incombono su ciascuna parte contrattuale;* e) *Data o date di riferimento per la determinazione dei risparmi realizzati;* f) *Un elenco chiaro e trasparente delle fasi di attuazione di una misura o di un pacchetto di misure e, ove pertinente, dei relativi costi;* g) *L'obbligo di dare piena attuazione alle misure previste dal contratto e la documentazione di tutti i cambiamenti effettuati nel corso del progetto;* h) *Disposizioni che disciplinino l'inclusione di requisiti equivalenti in eventuali concessioni in appalto a terze parti;* i) *Un'indicazione chiara e trasparente delle implicazioni finanziarie del progetto e la quota di partecipazione delle due parti ai risparmi pecuniari realizzati (ad esempio, remunerazione dei prestatori di servizi);* j) *Disposizioni chiare e trasparenti per la quantificazione e la verifica dei risparmi garantiti conseguiti, controlli della qualità e garanzie;* k) *Disposizioni che chiariscono la procedura per gestire modifiche delle condizioni quadro che incidono sul contenuto e i risultati del contratto (a titolo esemplificativo: modifica dei prezzi dell'energia, intensità d'uso di un impianto);* l) *Informazioni dettagliate sugli obblighi di ciascuna delle parti contraenti e sulle sanzioni in caso di inadempienza.*"

¹⁰³ Art. 7, c. 6, d.lgs. 4 luglio 2014, n. 102.

fissi per gli interventi svolti e, a fronte di tale compenso, quest'ultimo si impegna a mantenere i risparmi energetici entro il valore fissato contrattualmente. Ove i risparmi siano inferiori a quelli garantiti, il soggetto fornitore è tenuto al pagamento di penali, previste da clausole contrattuali, al soggetto beneficiario in qualità di indennizzo; gli eventuali risparmi superiori a quelli garantiti potranno andare a beneficio del soggetto beneficiario o essere condivisi con il soggetto fornitore, a seconda degli accordi contrattuali. Entro tale modello contrattuale il rischio finanziario ricade pertanto sul soggetto beneficiario, che assume su di sé l'obbligo di rimborso verso il soggetto fornitore il cui corrispettivo valorizzerà esclusivamente i servizi prestati. Il soggetto beneficiario deve pertanto reperire il capitale economico tramite operazioni di *leasing* o altre forme di finanziamento e, pertanto, salvo i casi di *leasing*, è sempre proprietario degli impianti e delle opere realizzati dal soggetto fornitore¹⁰⁴.

Nel modello di contratto di rendimento energetico *shared savings* le parti si accordano diversamente sulla ripartizione del risparmio conseguito grazie all'intervento del soggetto fornitore. Esse, infatti, prevedono le condizioni e i tempi per la ripartizione dei proventi derivanti dal risparmio energetico conseguito a seguito degli interventi e, in particolare, si accordano sulla misura percentuale di suddivisione dei proventi. Entro tale modello, di derivazione statunitense¹⁰⁵, il soggetto fornitore progetta, costruisce, finanzia e si occupa del nuovo impianto energetico per un periodo stabilito solo al termine di cui trasferisce la proprietà dello stesso al soggetto beneficiario (*Build-Operate & Transfer* (BOOT)). Nel contratto a risparmi condivisi assume pertanto un ruolo centrale la quantità di risparmio monetario conseguito dal soggetto beneficiario a seguito degli interventi implementati dal soggetto fornitore. Siccome l'investimento finanziario è sostenuto dal soggetto fornitore e a quest'ultimo appartiene la proprietà delle opere sino al termine del contratto, può rendersi necessaria la stipula di un contratto per la concessione del diritto di superficie sul fondo dove saranno realizzate le opere per una durata pari a quella del contratto di rendimento energetico. Al termine del contratto il passaggio di proprietà delle opere e in capo al cliente avverrà di diritto in forza dell'accessione. Alla luce del differente regime proprietario degli interventi, nella stipula di un contratto a risparmi condivisi è particolarmente rilevante anche la disciplina della risoluzione anticipata del contratto. Da un lato, infatti, il soggetto fornitore deve poter mantenere il diritto di proprietà sugli impianti, che potrà anche decidere di rimuovere, dall'altro lato è possibile prevedere un'opzione irrevocabile di acquisto degli impianti da parte del soggetto beneficiario¹⁰⁶. Assumendo direttamente l'onere finanziario, il soggetto fornitore richiede al soggetto beneficiario il pagamento di un corrispettivo che tenga in considerazione non solo il valore dei servizi prestati ma

¹⁰⁴ L. PAROLA - T. ARNONI - S. GRANATA, *I contratti di efficienza energetica. Profili regolamentari e prassi*, in *Contratti*, 2015, 5, p. 517.

¹⁰⁵ S. WALKER - A. CHARLES, *Privatized infrastructure: the build operate transfer approach*, Trowbridge, Thomas Telford, 1995, p. 25 ss.

¹⁰⁶ M. MAUGERI, *Il contratto di rendimento energetico e i suoi «elementi minimi*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2014, 9, p. 240 ss.

anche il valore dell'investimento. Per lo stesso motivo, nei contratti di rendimento energetico a risparmi condivisi, il soggetto fornitore mira a ottenere garanzie a presidio del rischio finanziario¹⁰⁷.

Nella prassi è possibile individuare diverse tipologie di contratto di rendimento energetico a risparmi condivisi. Innanzitutto il contratto di rendimento energetico *first out* entro cui il soggetto fornitore reperisce autonomamente il capitale economico. In particolare il risparmio energetico conseguito è utilizzato per ripagare il finanziamento dell'intervento e l'attività del soggetto fornitore che ottiene totalità dei risparmi conseguiti. In tale contratto il soggetto fornitore diviene unico beneficiario dei ricavi derivanti dal risparmio energetico ottenuto così da ripagare l'investimento sostenuto. Differentemente opera il modello il contratto di rendimento energetico *first in*, in cui al soggetto beneficiario è garantita una riduzione della spesa energetica antecedente agli interventi eseguiti, calcolata sulla base delle relative fatture, e gode dei benefici economici derivanti da un risparmio energetico maggiore a quello minimo stabilito. Il soggetto beneficiario paga pertanto al soggetto fornitore un canone fisso mensile e al termine di ciascun periodo si procede con un conguaglio a favore del soggetto fornitore laddove il risparmio ottenuto sia superiore a quello garantito.

Il contratto di rendimento energetico *first in* è pertanto utilizzato per quelle ipotesi in cui il soggetto beneficiario sia interessato a una determinata e particolare riduzione della spesa energetica storica sostenuta precedentemente all'intervento e calcolata all'interno del contratto¹⁰⁸. Infine vi è il modello di contratto di rendimento energetico *chauffage* che prevede che il soggetto beneficiario affidi la gestione dei propri impianti al soggetto fornitore che provvede al pagamento dei consumi energetici per la durata del contratto, dietro il corrispettivo di un canone parti alla spesa energetica storica meno una cifra pattuita; in alternativa, è possibile pattuire un prezzo per unità di servizio erogato scontato rispetto al costo storicamente sostenuto dal soggetto beneficiario. Il contratto di *chauffage* costituisce, quindi, un contratto di fornitura di prestazioni e servizi tramite cui il soggetto beneficiario delega al soggetto fornitore lo svolgimento di una funzione che in passato svolgeva in proprio¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Assume, quindi, rilevanza anche la creazione di un opportuno sistema di garanzie a favore del soggetto fornitore che può includere la fissazione di termini di pagamento del corrispettivo da parte del cliente tali da permettere al soggetto fornitore il rispetto delle scadenze fissate dal soggetto finanziatore, il rilascio di una fideiussione da parte del soggetto beneficiario ovvero la costituzione di un pegno su un conto corrente dedicato al deposito dei risparmi conseguiti.

¹⁰⁸ M. LIBANORA, *I contratti di rendimento energetico*, in *Azienditalia*, 8-9, 2013, p. 637 ss.

¹⁰⁹ Le prestazioni e i servizi sono espressi e quantificabili, per esempio, in gradi-giorno di riscaldamento/raffrescamento, in ore d'illuminazione d'intensità prestabilita, in tonnellate/ora di vapore per usi tecnologici o termici. Tali modelli contrattuali hanno solitamente una durata di lungo periodo, ventennale o trentennale, al fine di consentire un adeguato tempo di recupero degli investimenti sugli impianti. Nel contratto di *chauffage* possono presentarsi alcune varianti, quali il contratto di gestione calore a *forfait*, in cui il fornitore assume l'obbligo di garantire il mantenimento di una determinata temperatura in un edificio, dietro un corrispettivo forfettario, e il contratto di gestione calore a gradi-giorno, in cui il fornitore assume l'obbligo di mantenere una determinata temperatura in un edificio dietro un corrispettivo calcolato sulla base della temperatura raggiunta dall'edificio.

4. *Prospettive di partenariati pubblico-privati nel settore dell'energia: la qualificazione dell'energy performance contract quale project-financing e il divieto di costituzione di società miste per servizi d'efficientamento energetico.*

Il principale strumento utile a realizzare interventi di efficientamento energetico nella pubblica amministrazione pare corrispondere alla costituzione di un partenariato pubblico-privato¹¹⁰. Con esso s'intende un accordo finalizzato a superare il problema della scarsità di risorse delle pubbliche amministrazioni italiane, attraverso una partecipazione degli operatori economici privati agli investimenti di modo da offrire la possibilità a quest'ultimi di collaborare con la pubblica amministrazione condividendone i rischi nella realizzazione d'interventi quali, nella presente materia, quelli di efficientamento energetico. Sono generalmente individuabili due diverse forme di partenariato pubblico-privato: una contrattuale e un'istituzionale.

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.

La forma contrattuale del partenariato pubblico-privato nel settore dell'energia ha trovato applicazione in larga parte tramite il contratto di rendimento energetico. Già la disciplina originaria che definiva gli obblighi della pubblica amministrazione in relazione agli obiettivi di efficienza energetica indicava espressamente la necessità del ricorso ai contratti di rendimento energetico¹¹¹. Il contratto di rendimento energetico si configura come uno strumento particolarmente utile per le pubbliche amministrazioni che abbiano necessità di effettuare ingenti interventi di miglioramento e riqualificazione degli immobili ma che siano tuttavia sprovvisti di esperienza tecnica nel settore o di adeguata informazione sugli strumenti e tecnologie necessari e che non abbiano a propria disposizione risorse sufficienti per finanziare tali interventi¹¹². Per le pubbliche

¹¹⁰ Art. 3, c. 1, lett. *eee*, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; M. DUGATO, *Il partenariato pubblico-privato: origine dell'istituto e sua evoluzione* in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2011; C. MARCOLUNGO, *Il partenariato pubblico-privato istituzionalizzato: un tentativo di ricostruzione* in M. P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato (Concessioni, Finanza di progetto, Società miste, Fondazioni)*, Napoli, 2009; ID. (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato: profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione*, Bologna 2005; R. DI PACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, Giuffrè, 2006; A. MASSERA, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, p. 1201 ss. Si veda anche Commissione UE, *Libro verde sul partenariato pubblico-privato*, 30 aprile 2004, COM(2004) 327.

¹¹¹ Art. 13, lett. *a*, d.lgs. 30 maggio 2008, n. 115.

¹¹² Dal punto di vista procedimentale prima della stipulazione di un *energy performance contract* la pubblica amministrazione deve provvedere a un censimento degli immobili su cui intende effettuare interventi di risparmio energetico. Successivamente, secondo le regole di evidenza pubblica, la pubblica amministrazione invita gli operatori economici a presentare offerte per l'intervento di riqualificazione richiesto e tale da comportare una quota di risparmio rispetto ai livelli di consumo rilevati. Al termine della procedura di gara l'aggiudicatario si obbliga con la stipulazione del contratto alla realizzazione

amministrazioni il coinvolgimento di un terzo soggetto finanziatore presenta evidenti vantaggi in considerazione delle regole che governano attualmente la spesa pubblica in senso contenitivo: il finanziamento da parte di terzi permette infatti di rinnovare gli impianti senza ricorrere a stanziamenti di bilancio per la realizzazione di nuove opere, utilizzando semplicemente i meccanismi contabili delle spese per acquisto di servizi¹¹³. In particolare si tratterebbe, dal punto di vista della pubblica amministrazione, al contempo di un'attività di *outsourcing* e uno strumento di *performance-contract*¹¹⁴: da una parte, infatti, la funzione di efficientamento energetico della pubblica amministrazione è affidata a un soggetto a esso esterno, ossia il soggetto fornitore, che assume su di sé, in una fase preliminare alla stipulazione del contratto, la responsabilità dell'individuazione, la programmazione, la progettazione e poi la realizzazione di un'iniziativa di riqualificazione di un immobile della pubblica amministrazione volta a determinare il miglioramento dell'efficienza energetica. Dall'altra parte, la remunerazione del soggetto fornitore è rapportata all'efficienza energetica effettivamente conseguita in virtù del suo intervento che si caratterizza come un'obbligazione di risultato, perciò incentrata sulla *performance* realizzata¹¹⁵.

dell'intervento, assumendone la responsabilità e ottenendo come corrispettivo, il risparmio di spesa conseguito, per l'attività eseguita che normalmente si estende sino a comprendere la gestione e manutenzione dell'intervento.

¹¹³ Art. 3, c. 1, lett. *eee*, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 che prevede che alle operazioni di partenariato pubblico-privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat. L'Ufficio statistico dell'Unione Europea (Eurostat) con decisione 11 febbraio 2004, n. 18 ha deliberato che i contratti di partenariato pubblico-privato non sono da registrare nei bilanci delle pubbliche amministrazioni quando vi sia un sostanziale trasferimento di rischio economico dalla parte pubblica alla parte privata, condizione che si verifica allorché ricorrano le condizioni che il partner privato si assume il rischio di costruzione ed almeno uno tra i rischi di disponibilità (capacità del concessionario di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità) e di domanda (presenza di alternative più convenienti, ciclo di business, nuove tendenze del mercato). Tale previsione sui partenariati pubblico-privati non può di certo essere riferita ad alcun contratto di appalto, in quanto l'assunzione dei rischi legati alla disponibilità o alla domanda è incompatibile con la stessa definizione di appalto nel quale il privato assume unicamente il rischio legato alla realizzazione dell'opera nonché dal fatto che l'art. 3, c. 15-ter del Codice dei Contratti Pubblici, allorché esemplifica le ipotesi di partenariato, non cita i contratti di appalto. La decisione Eurostat dell'11 febbraio 2004 ha dunque contribuito a rendere ancor più attraente il ricorso al PPP andando ad incidere soprattutto su quell'area di progetti (c.d. "freddi") che, non essendo autonomamente in grado di remunerare l'investimento effettuato dal privato, richiedono l'intervento economico dello Stato, che sostiene l'equilibrio del progetto con la spesa pubblica. Al riguardo, Governo Italiano, Dipartimento economico, Circolare 14 aprile 2009 n. 84 che ha precisato che la spesa per realizzare opere pubbliche in *project-financing* "freddo" può essere contabilizzata fuori bilancio, ai fini del deficit pubblico statale e del Patto di stabilità, solo se il canone pagato dall'amministrazione per ripagare l'investimento del privato non è fisso, ma risulta contrattualmente variabile in base a parametri di qualità della gestione. In particolare "il rischio di disponibilità si può considerare trasferito al privato qualora contrattualmente sia prevista l'applicazione automatica di penali che incidano sul canone corrisposto dal soggetto pubblico sia nel caso d'indisponibilità completa o parziale della struttura, sia di erogazione di servizi non corrispondenti agli standard attuali" ossia corrisponda a un *performance-contract*.

¹¹⁴ Dal punto di vista della sua qualificazione giuridica, seppur la disciplina del contratto di rendimento energetico sia in larga parte affidata all'autonomia delle parti, e siano molteplici i contenuti in essi producibili, appare chiaro che l'elemento della *performance* sia essenziale nella sua definizione e che tutte le tipologie contrattuali individuate ne sottolineino la centralità.

¹¹⁵ G. M. RACCA, *Collaborative procurement and contract performance in the Italian healthcare sector: illustration of a common problem in European procurement*, in PPLR, 2010, p. 119 ss.

Dal punto di vista della qualificazione giuridica il contratto di rendimento energetico presenta analogie sia col contratto di appalto sia col contratto di concessione. L'elemento essenziale, come affermato a livello europeo, di distinzione tra i due tipi di contratto¹¹⁶, consiste nella definizione del corrispettivo che è parametrato al risparmio energetico conseguito per effetto dell'intervento laddove nella concessione esso consiste nel diritto del concessionario di incamerare i proventi dello sfruttamento economico dell'attività che ne forma l'oggetto, eventualmente anche in associazione ad un contributo o un prezzo riconosciuto dall'amministrazione concedente. In considerazione degli elementi prima individuati e tenendo in conto della complessità ed eterogeneità delle prestazioni che il soggetto fornitore può impegnarsi ad eseguire il contratto di rendimento energetico pare rientrare nello schema di contratto di concessione di lavori¹¹⁷ o a quello di concessione di servizi¹¹⁸: le prestazioni del soggetto fornitore possono essere infatti qualificate tanto quanto compimento di opere e relativa gestione quanto erogazione di un servizio. In particolare l'attività di costruzione di opere e fornitura di servizi è compensata dall'autonoma gestione dell'impianto da parte del soggetto fornitore per la durata prevista contrattualmente.

La sola tipologica contrattuale che pare non potersi ricomprendere in tale categoria parte pertanto essere il contratto di rendimento energetico a risparmio garantito: come visto, infatti, entro tale schema il soggetto fornitore si fa carico interamente del rischio del livello di risparmio energetico predeterminato, tale che possa sempre dirsi un'obbligazione di risultato¹¹⁹, ma non è invece trasferito il rischio finanziario, che rimane a carico dell'ente pubblico committente, di modo che se ne possa predicare la natura di appalto e non di concessione¹²⁰. Il contratto di rendimento energetico pare perciò appartenere alla più ampia categoria delle forme di finanziamento tramite terzi, disciplinato dalla medesima fonte legislativa, e qualificato come accordo contrattuale che comprende un terzo, oltre al soggetto fornitore di energia e al soggetto beneficiario, che fornisce i mezzi finanziari per la realizzazione dell'efficientamento energetico dell'edificio e addebita al beneficiario un canone pari a

¹¹⁶ Sia consentito rinviare a F. PEIRONE, *La scelta del concessionario di servizi*, in *Foro Amm. CDS*, 2, 2013, p. 541 ss.

¹¹⁷ Art. 3, c. 1, lett. *uu*, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

¹¹⁸ Art. 3, c. 1, lett. *vv*; d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

¹¹⁹ Il rischio economico assunto dal soggetto fornitore nel contratto di rendimento energetico di tipo *guaranteed savings* è sì limitato alla sola riuscita tecnica della riqualificazione ma trattasi nondimeno di un contratto incentrato sulla *performance*, siccome il soggetto beneficiario continua a sostenere i consumi precedenti pagando al soggetto fornitore un canone con cui remunera un servizio di gestione che costituisce la base del suo corrispettivo. Anche nei casi in cui le risorse finanziarie per l'intervento siano approntate, in via diretta o indiretta, dal soggetto beneficiario, quest'ultimo è obbligato a cedere i risparmi futuri derivanti dal miglioramento del sistema energetico che divengono l'effettivo corrispettivo contrattuale del soggetto fornitore: trattasi perciò in ogni caso di contratto a titolo oneroso, pur con alcune peculiarità nella determinazione e liquidazione del corrispettivo.

¹²⁰ Allo stesso modo l'attività di consulenza di un soggetto fornitore di un'*Energy Service Provider Company* (ESPCO) deve essere altrettanto sicuramente configurata come appalto di servizi, in quanto la società affidataria del servizio non assume alcun rischio nello svolgimento della stessa e viene pagata dall'ente pubblico indipendentemente dal raggiungimento degli obiettivi di efficienza energetica previsti.

una parte del risparmio energetico conseguito¹²¹. Il contratto di rendimento energetico rientra dunque in quelle modalità di copertura delle opere pubbliche che prevedono l'intervento di capitali privati, come il *project-financing*¹²².

In particolare il *project-financing* non si configura come un istituto giuridico totalmente autonomo quanto come un sistema di realizzazione di opere pubbliche innestato su quello proprio della concessione¹²³ con il medesimo esito di stipula di un contratto di concessione e gestione¹²⁴.

Come nel contratto di concessione imprescindibile è l'elemento del rischio economico assunto dal soggetto fornitore: alla base del concetto di *project-financing* vi è la possibilità di realizzazione di un'opera tramite un finanziamento che avvenga con esclusivo riferimento alla validità del progetto e alla sua futura redditività. In particolare il finanziamento non avviene a favore di un determinato soggetto ma piuttosto di un progetto, in forza di garanzie costituite dalla redditività del progetto stesso, ossia la sua l'attitudine dell'attività economico-finanziaria ad autofinanziarsi, cioè a produrre flussi di cassa di segno positivo in grado di compensare il prestito ottenuto per finanziare l'attività, garantendo al contempo un'adeguata remunerazione del capitale investito dai finanziatori¹²⁵. In particolare è la previsione di redditività futura dell'opera che fa sorgere in capo ad un operatore economico privato l'intenzione di promuovere la realizzazione di un'opera pubblica e tale prospettiva è evidente all'interno delle diverse tipologie di contratto di rendimento energetico a risparmi condivisi ove il soggetto fornitore viene remunerato quanto più il sistema di efficientamento energetico realizzato sull'immobile della pubblica amministrazione sarà efficiente.

Per quanto concerne, invece, l'altra forma di partenariato pubblico-privato, ossia quella istituzionale, pare a questo punto necessario indagare la possibilità della costituzione di un'*Energy Saving Company* partecipata da un ente pubblico,

¹²¹ Art. 2, lett. m, d.lgs. 30 maggio 2008, n. 115.

¹²² Art. 183, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. In dottrina: A. CIANFLONE - G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2012; G.F. CARTEI, *Finanza di progetto e modelli partenariali pubblico-privati: profili critici*, in Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti pubblici, (a cura di) G.F. CARTEI, Napoli, 2008, p. 217 ss.; S. SAMBRI, *Project financing, la finanza di progetto per la realizzazione delle opere pubbliche*, Padova, Cedam, 2006; E. PICOZZA (a cura di), *La finanza di progetto con particolare riferimento ai profili pubblicistici*, Torino, Giappichelli, 2005.

¹²³ Cons. St., Sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6847; AVCP, Atto di regolazione 26 ottobre 2000, n. 51.

¹²⁴ L'elemento che principalmente caratterizza il *project-financing* e lo distingue dalla concessione tradizionale è rinvenibile nel maggiore grado di coinvolgimento del privato nella progettazione dell'opera. Lo strumento della concessione tradizionale presuppone, infatti, indipendentemente da qualsiasi scambio interlocutorio con gli operatori privati, la predisposizione, da parte dell'amministrazione concedente, sia attraverso i servizi tecnici dell'amministrazione, sia tramite un professionista esterno appositamente incaricato, della documentazione necessaria da porre a base di gara, contenente i seguenti documenti: progetto preliminare, bozza di convenzione, disciplinare sulle modalità di gestione, piano economico-finanziario. Al contrario, in tutte le procedure di *project-financing*, il progetto preliminare - con l'indicazione dei relativi costi e delle risorse da impiegare - e il piano economico-finanziario, sono predisposti dai soggetti privati in piena autonomia: la pubblica amministrazione si limita a predisporre, in sede di programmazione delle opere pubbliche, uno "studio di fattibilità" entro cui spetterà alle imprese definire il quadro progettuale dell'intervento

¹²⁵ AVCP, Atto di regolazione 18 luglio 2000 n. 34

considerando in primo luogo la questione, di ordine generale, circa l'ammissibilità della partecipazione dell'ente pubblico quale parte di una società a capitale privato¹²⁶. Sebbene, infatti, la disciplina normativa generale¹²⁷ e di settore¹²⁸ dia una indicazione di preferenza per il regime della gara per l'affidamento a società interamente private, è pur possibile alla pubblica amministrazione di fare riferimento alla differente tipologia della società mista¹²⁹ ovvero alla gestione *in house*¹³⁰. La legge di stabilità finanziaria del 2008¹³¹ ha disposto che, eccezion fatta per il settore dei servizi pubblici e per quello dei servizi di committenza, gli enti territoriali, non possono costituire, partecipare o assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi se non per le ipotesi in cui tali società abbiano ad oggetto attività di produzione di beni e servizi strettamente necessarie al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente o producano servizi di interesse generale¹³².

L'attuale disciplina, come noto, è più restrittiva rispetto a quella antecedente¹³³, essendo richiesta non la semplice strumentalità del servizio ma la sua stretta necessità per le finalità istituzionali dell'ente socio. Si tratta di un limite all'attività di diritto privato degli enti pubblici, i quali, pur avendo riconosciuta la capacità di costituire società, non sono liberi di utilizzare questo strumento per finalità diverse rispetto all'organizzazione dell'esercizio dei propri compiti istituzionali¹³⁴. Come osservato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, si tratta in particolare di individuare un collegamento tra l'attività amministrativa e organizzativa dell'ente e l'attività della società partecipata, tale che si deve ritenere che il divieto operi solo nei confronti di quelle società aventi ad oggetto attività di mercato, le quali, in ragione dell'oggetto, non possono ritenersi correlate ad alcuna attività dell'ente pubblico¹³⁵.

La disposizione ha contribuito a definire un limite alla capacità d'impresa degli enti territoriali configurando, sostanzialmente, solo due tipi di attività consentite: quelle connesse alle finalità istituzionali e quelle di produzione di servizi di interesse generale. Di qui la necessità di analizzare se il servizio di efficientamento energetico realizzato da

¹²⁶ Art. 3, c. 27, l. n. 244 del 2007.

¹²⁷ Art. 59, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

¹²⁸ Art. 15, d.lgs. 30 maggio 2008, n. 115.

¹²⁹ Art. 1, c. 3, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

¹³⁰ Art. 192, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; in dottrina: R. CAVALLO PERIN - D. CASALINI, *L'In house providing: un'impresa dimezzata*, in *Diritto Amministrativo*, 1, 2006, p. 42 ss.

¹³¹ Art. 3, c. 27, l. 24 dicembre 2007, n. 244.

¹³² R. MORZENTI PELLEGRINI, *L'utilizzabilità delle società a capitale misto pubblico-privato per la gestione di servizi pubblici, tra precisazioni in ordine agli specifici requisiti legittimanti e residue necessità di chiarimenti*, in *Foro Amm. CDS*, 2009, p. 789 ss.; G. PIPERATA, *Modelli societari e compiti pubblici: un connubio all'insegna dell'incertezza*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2008, p. 1126 ss.

¹³³ Art. 13, d.l. 23 gennaio 2006, n. 28.

¹³⁴ Cons. St., Sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574. Secondo il Consiglio di Stato, la norma in esame avrebbe in particolare posto un limite all'impiego dello strumento societario non tanto per assicurare la tutela della concorrenza che di per sé lo strumento dell'impresa pubblica non potrebbe pregiudicare quanto per garantire, in coerenza col principio di legalità, il perseguimento dell'interesse pubblico.

¹³⁵ Cons. St., Ad. Plen., 3 giugno 2011, n. 10.

un'Energy Saving Company possa essere considerato servizio strettamente necessario alle finalità istituzionali dell'ente o, comunque, servizio di interesse generale. Sebbene la valutazione di ciò che rientra nelle proprie finalità istituzionali sia di competenza dello stesso ente territoriale¹³⁶, l'attività consultiva della Corte dei Conti ha fornito nel tempo rilevanti punti di riferimento che definiscono lo spazio riservato all'auto-determinazione dell'ente pubblico: si è infatti affermato che in assenza di un quadro normativo definito che individui le funzioni istituzionali dell'ente, è possibile ricorrere alle indicazioni derivanti dalla struttura del bilancio dell'ente, e precisamente dalle funzioni che individuano le attività che fanno capo ai suoi settori organizzativi¹³⁷. Appare pertanto difficile configurare il servizio di efficientamento energetico degli immobili come servizio strettamente necessario alle attività istituzionali dell'ente pubblico che ne è proprietario. Quest'ultime, infatti, sono considerabili solo quelle attività che riguardano la popolazione e il territorio, principalmente nei settori organici dei servizi alla persona e alla comunità¹³⁸, dell'assetto ed utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico. Rispetto a queste esigenze l'attività di efficientamento energetico non appare come una mera attività di servizio all'ente e non alla comunità che esso amministra.

Per quanto riguarda il secondo profilo, la definizione europea di servizio d'interesse generale qualifica tale nozione come avente i requisiti dell'universalità (ossia il servizio sia disponibile e fruibile a tutti gli utenti), della qualità (il servizio deve rispondere a certi standard qualitativi, per esempio delineati nella carta dei servizi) e negli obblighi cui i soggetti gestori del servizio sono sottoposti (come imparzialità nel servizio e continuità nella sua erogazione). Nell'ordinamento giuridico italiano tale nozione tende a coincidere con quella di servizio pubblico, ora compiutamente inteso in senso oggettivistico, identificando una serie di attività, anche erogate da soggetti privati, sottoposte a una serie di obblighi e controlli di cui i cittadini usufruiscono sia *uti singuli*, sia *uti universi*, ma sempre finalizzate al soddisfacimento di bisogni della collettività. Con riferimenti agli interventi efficientamento energetico, il soggetto beneficiario del servizio è, distintamente rispetto ad altri soggetti, la pubblica amministrazione come proprietaria degli immobili su cui si esercita l'intervento; il soddisfacimento dell'interesse è, in particolare, non di carattere collettivo ma individuale; infine, le attività delle Energy Saving Company non sono sottoposte in alcun modo a vincoli di servizio pubblico, come quello di parità di trattamento o accesso indiscriminato. L'attività espletata dalle società per la gestione dei servizi energetici integra l'esercizio di un servizio strumentale e non può essere ritenuta lo svolgimento di un servizio d'interesse generale. Infatti, come è noto, la nozione di servizio di interesse generale come tracciata dal diritto europeo ha come elemento caratterizzante la fornitura di prestazioni considerate necessarie nei confronti di una

¹³⁶ Corte Conti, Sez. contr. Piemonte, 3 dicembre 2008, n. 33.

¹³⁷ Corte Conti, Sez. contr. Veneto, 14 gennaio 2009, n. 5.

¹³⁸ Art. 13, Testo Unico degli Enti Locali; R. CAVALLO PERIN - A. ROMANO, *Commentario breve al Testo Unico sulle Autonomie Locali*, Cedam, Padova, 2006, p. 97 ss.

indifferenziata generalità di cittadini, a prescindere dalle loro particolari condizioni. In tal senso, è solo il soddisfacimento diretto di esigenze della collettività il fattore discriminante tra attività strumentale e servizio pubblico¹³⁹.

I servizi energetici, come disciplinati dalla normativa, integrano prestazioni svolte a favore dell'amministrazione, ossia diretti a far conseguire un'utilità immediata all'amministrazione committente. La giurisprudenza ha infatti negato la natura di tali servizi come pubblico, siccome rivolto direttamente alla pubblica amministrazione¹⁴⁰. Anche l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici ha ritenuto che l'affidamento della gestione dei servizi energetici a una *Energy Service Company* non abbia la natura di concessione di servizio pubblico, in ragione della circostanza che in tale ipotesi il contratto prevede l'esecuzione di prestazioni a favore della pubblica amministrazione, che ne fruisce direttamente ottenendo impianti più efficienti e le remunera con l'attribuzione di una quota del risparmio conseguito¹⁴¹. Alla luce di tali considerazioni non pare ammissibile l'istituzione di una società mista con le finalità di efficientamento energetico degli immobili della pubblica amministrazione¹⁴².

La caratterizzazione dell'efficientamento energetico quale attività strumentale e non come servizio pubblico, impone la cessazione delle partecipazioni pubbliche a società che svolgono servizi di efficientamento energetico¹⁴³.

5. Gli strumenti per realizzare scelte di efficienza energetica nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici.

Attraverso l'orientamento delle preferenze delle stazioni appaltanti in una prospettiva di tutela ambientale - c.d. *Green Procurement*¹⁴⁴ - il settore pubblico può

¹³⁹ Cons. St., Sez. V, 22 marzo 2010, n. 1651.

¹⁴⁰ Cons. St., Sez. V, 1 aprile 2011, n. 2012.

¹⁴¹ AVCP, delib. 4 aprile 2012, n. 37.

¹⁴² *Contra* R. URSI, *Precisazioni sul ricorso a energy service company a capitale misto*, in *Urbanistica e appalti*, 2013, 5, p. 585 ss., che ritiene che con riferimento alle Energy Saving Company non vi sia dubbio che le loro attività rientrino, in virtù di quanto previsto dall'art. 12, d.lgs. 30 maggio 2008, n. 115, nelle attività istituzionali dell'ente locale in ragione degli obblighi ivi contenuti e in virtù di quanto previsto anche dall'art. 2, il quale stabilisce che i servizi energetici possono essere svolti solo da ESCO o da ESPCO, che dunque risulterebbero strettamente necessarie all'espletamento delle funzioni a cui l'ente è chiamato a realizzare.

¹⁴³ Con riferimento all'approvvigionamento di beni e servizi strumentali la nuova disciplina normativa ha sancito il divieto di affidamenti diretti a favore di società partecipate dagli enti territoriali, se non in circostanze assai limitate, e l'obbligatoria fuoriuscita degli stessi dalle compagini sociali attraverso l'alienazione delle quote detenute (Art. 4, c. 8, d.l. 6 luglio 2012 n. 95). Tale norma pone un principio valevole per l'intero sistema: per l'approvvigionamento di beni e servizi strumentali l'adozione del modulo organizzativo societario non rientra più tra le opzioni riconosciute agli enti territoriali.

¹⁴⁴ Commissione UE, *Comunicazione Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici*, COM(2001) 274; *Libro Verde sulla politica integrata relativa ai prodotti*, Brussels, 7 febbraio 2011, COM(2001)68; *Comunicazione Sviluppo sostenibile in Europa per un mondo migliore: strategia dell'Unione Europea per lo sviluppo sostenibile*, Brussels, 15 maggio 2001, COM(2001)264; *Libro Bianco Gli appalti pubblici nell'Unione Europea*, 11 marzo 1998, COM(98)143; *Libro Verde Gli appalti pubblici nell'Unione Europea. Spunti di*

innescare un meccanismo che stimola gli operatori economici verso produzioni ecocompatibili e premiare quelli che già offrono lavori, servizi e forniture ecologicamente orientati. A questo riguardo il sistema dei contratti pubblici italiano¹⁴⁵ consente a che, negli acquisti pubblici, tanto nella fase di aggiudicazione quanto in quella di esecuzione, il principio di economicità degli acquisti possa essere subordinato alla promozione della tutela ambientale e, pertanto, a considerazioni di efficienza energetica¹⁴⁶.

Si prevede così la graduale integrazione degli interessi ambientali nella disciplina degli appalti pubblici ma non già prevedendo una specifica categoria di appalti con regole proprie quanto disponendo un criterio generale da adottarsi per tutti i tipi di contratti pubblici, di modo da orientare il settore pubblico a procedure di acquisto di beni e servizi caratterizzati da un'elevata compatibilità ambientale¹⁴⁷.

Tale orientamento degli acquisti pubblici verso considerazioni ambientali incontra però i limiti, previsti nella stessa norma, che tali scelte ecologiche non violino gli altri principi fondamentali dei contratti pubblici - ossia concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità - e che la deroga al principio d'economicità sia possibile esclusivamente laddove previsto in via legislativa¹⁴⁸. Dunque solo in presenza di una precisa disposizione legislativa le stazioni appaltanti possono subordinare il principio d'economicità a obiettivi di efficienza energetica. In particolare ciò non solo è consentito, ma né è fatto obbligo, tramite la disciplina delle specifiche tecniche, occorrenti alle stazioni appaltanti per dare l'esatta definizione

riflessione per il futuro, Brussels, 27 novembre 1996, COM(96)583. In dottrina: E. FREDIANI, *Il paradigma trasversale dello sviluppo sostenibile*, in *Il diritto dell'economia*, I, 2015, p. 49 ss.; E. BELLOMO, *Il Green Public Procurement nell'ambito della Green Economy*, in *Diritto e processo amministrativo*, I, 2013, p. 163 ss.; M. ANDREIS (a cura di), *I contratti pubblici tra principi interni e vincoli sovranazionali mercato, ambiente, responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2011; M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. ss. F. SPAGNUOLO, *Il Green Public Procurement e la minimizzazione dell'impatto ambientale nelle politiche di acquisto della Pubblica Amministrazione*, in *Riv. It. Dir. pubbl. comunit.*, 2, 2006, p. 397 ss. In particolare il *Green Procurement*, e più in generale gli obiettivi socio-economici, sembra collocarsi come terza finalità del sistema dei contratti pubblici accanto a quelle dell'impiego efficiente e integro delle risorse pubbliche e del corretto funzionamento del mercato concorrenziale.

¹⁴⁵ D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, *Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*.

¹⁴⁶ Art. 30, c. 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. In dottrina, con riferimento al Codice precedente: G. M. RACCA - R. CAVALLO PERIN, *Commento all'art. 2 del codice dei contratti pubblici*, in L. R. PERFETTI (a cura di) *Codice dei contratti pubblici Commentato*, Milano, Ipsoa, 2013, p. 20 ss.; G. FIDONE, *Principi e disposizioni comuni*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2010; R.E. IANIGRO, *Commento all'art. 2*, in R. GAROFOLI - G. DE LISE (a cura di), *Codice degli appalti pubblici e nuova direttiva ricorsi*, I, Nel diritto Editore, Roma, 2009, p. 17 ss.;

¹⁴⁷ G. FIDONE, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove Direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. It. Dir. pubbl. comunit.*, 5, 2012, p. 819 ss.; F. SCHIZZEROTTO, *I principali provvedimenti europei ed italiani in materia di Green Public Procurement*, in *Riv. Giuridica dell'Ambiente*, 6, 2004, p. 967 ss.

¹⁴⁸ Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio, *Acquisti verdi per la pubblica amministrazione: lo stato dell'arte, evoluzione normativa e indicazioni metodologiche*, 2006, p. 16.

dell'oggetto del contratto pubblico da stipulare, le quali, ogniqualvolta sia possibile, debbono infatti essere definite in modo da tenere conto delle esigenze di tutela ambientale¹⁴⁹. La Commissione europea ha indicato che è più opportuna una descrizione dell'oggetto del contratto pubblico per prestazioni o requisiti funzionali, intesi quali l'effetto che il contratto dovrebbe produrre, piuttosto che per caratteristiche del prodotto stesso, di modo da evitare discriminazioni in relazione al produttore del bene o servizio¹⁵⁰. Per lo stesso motivo le specifiche tecniche fissate a livello regolamentare, devono rispettare l'apertura del mercato alla concorrenza rendendo possibile, tramite le offerte degli operatori economici, una pluralità di soluzioni tecniche alternative che garantiscano i medesimi risultati¹⁵¹. La giurisprudenza italiana ha avuto modo di dichiarare come illegittimi i criteri inseriti nei documenti di gara che, per il conseguimento di finalità ambientali e di sviluppo sostenibile, restringano eccessivamente la concorrenza o non siano proporzionati agli obiettivi dichiarati¹⁵².

E' opportuno a tale fine sottolineare come le scelte ecologiche delineate nelle specifiche tecniche, volte a delineare l'oggetto del contratto sotto il profilo tecnico e qualitativo, sono valutazioni di merito delle pubbliche amministrazioni acquirenti, che non sono sindacabili nel giudizio amministrativo se non affette da evidenti irrazionalità o errori¹⁵³. La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha in particolare considerato legittimo l'inserimento dei requisiti tecnici qualitativi delineati nella *lex specialis* di una procedura di gara laddove preordinati al perseguimento dell'efficienza energetica e comminata legittimamente l'esclusione dalla gara dell'offerta che non si attenga a tali prescrizioni¹⁵⁴. Le specifiche tecniche possono inoltre essere formulate tramite il sistema delle ecoetichette che consente alle pubbliche amministrazioni di utilizzare le specifiche tecniche adeguate definite dall'eco-etichettatura di qualsiasi genere purché i requisiti la sua definizione siano adottati con un procedimento partecipativo e accessibile alle parti interessate¹⁵⁵. In particolare le specifiche tecniche fissate dalle amministrazioni aggiudicatrici devono permettere l'apertura dei contratti pubblici alla concorrenza, rendendo possibile la presentazione di offerte che riflettano la pluralità di soluzioni tecniche presenti nel mercato.

Accanto alla previsione di specifiche tecniche ecologicamente orientate, l'utilizzo dei criteri di aggiudicazione appare come un altro strumento per incentivare l'attenzione

¹⁴⁹ Art. 68, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

¹⁵⁰ Commissione UE, *Acquistare verde! Manuale sugli appalti pubblici verdi*, II Ed., Brussels, Ufficio Pubblicazioni dell'Unione Europea, 2011.

¹⁵¹ T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 19 maggio 2009, n. 3758; T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. I, 17 febbraio 2009, n. 197.

¹⁵² T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 6 Ottobre 2009, n. 2247; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 6 ottobre 2008, n. 2787; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 2 gennaio 2008, n. 1; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 9 dicembre 2008, n. 11147.

¹⁵³ Cons. St., Sez. V, 8 settembre 2008, n. 4272; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 2 dicembre 2008, n. 153; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 13 marzo 2007, n. 797.

¹⁵⁴ Cons. St., Sez. V, 20 giugno 2011, n. 3694.

¹⁵⁵ Art. 69, c. 1, lett. c, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

per le tematiche ambientali e dello sviluppo sostenibile¹⁵⁶. In particolare l'utilizzo del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa consente alle pubbliche amministrazioni acquirenti di assegnare punteggi supplementari alle prestazioni degli offerenti che superino il livello minimo indicato nelle specifiche tecniche¹⁵⁷, orientando così la scelta dell'offerta in senso ecologico, purché sia rispettato il limite della pertinenza con l'oggetto del contratto pubblico.

In particolare, a seguito di alcune pronunce della Corte di giustizia europea¹⁵⁸, è stata superata la precedente impostazione che permetteva l'inserimento di elementi ambientali nell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa soltanto qualora avessero comportato un vantaggio economico attribuibile al prodotto o al servizio oggetto del contratto, così da trascurare evidentemente la compatibilità ambientale del prodotto nei confronti della collettività e di lungo periodo. A seguito di tali pronunce è stato possibile introdurre considerazioni non economiche nella disciplina degli appalti pubblici, ammettendo la legittimità di criteri addizionali a quelli meramente economici ma finalizzati al conseguimento degli obiettivi di sostenibilità ambientale¹⁵⁹.

La disciplina italiana dei contratti pubblici contempla le caratteristiche ambientali tra i criteri per la selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa purché, come limite espressamente dettato anche per gli altri elementi, siano collegati all'oggetto del contratto pubblico¹⁶⁰ e purché non siano surrettiziamente inseriti ulteriori elementi di valutazione delle offerte non presenti nei documenti di gara¹⁶¹. È d'interesse notare come la Commissione Europea abbia suggerito di orientare i criteri di scelta componenti l'offerta economicamente più vantaggiosa sulla valutazione del costo del ciclo di vita del prodotto, considerando non solo il prezzo di acquisto ma anche i costi di consegna,

¹⁵⁶ M. PIGNATTI, *Le metodologie per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Foro Amm. CDS*, 6, 2013, p. 1526 ss.; C. ANGELO, *Requisiti di idoneità e criteri di aggiudicazione dell'offerta*, in *Urb. e app.*, 2010, 201 e ss. M. PROTTO, *Ammissibilità e limiti dei criteri di aggiudicazione ecologici*, in *Urb. App.*, 1, 2004, p. 17 ss.; V. FALCO, *L'utilizzo di fonti di energia rinnovabili come criterio di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa: la legge austriaca a confronto con l'ordinamento comunitario*, in *Riv. It. Dir. pubbl. comp.*, 2, 2004, p. 889 ss.; L. PONZONE, *Il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa: problemi teorici e pratici*, in *Studium Iuris*, 7-8-, 2004, p. 831 ss.; L. BONECHI, *Offerta economicamente più vantaggiosa: la Corte ribadisce la legittimità dei criteri di valutazione di natura non economica*, in *Dir. pubbl. comp. Eur.*, 1, 2003, p. 455 ss.; M. BROCCA, *Criteri ecologici nell'aggiudicazione degli appalti*, in *Urb. App.*, 2, 20023, p. 168 ss.; M. LOTTINI, *Appalti comunitari: sull'ammissibilità di criteri di aggiudicazione non prettamente economici*, in *Foro Amm. CDS*, 9, 2002, p. 1950 ss.

¹⁵⁷ Commissione UE, *Comunicazione Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici*, COM(2001) 274; Commissione UE, *Acquistare verde! Manuale sugli appalti pubblici verdi*, II Ed., Brussels, Ufficio Pubblicazioni dell'Unione Europea, 2011.

¹⁵⁸ Corte Giust. UE, 17 settembre 2002, C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy c. Helsingin kaupunki e HKL-Bussiliikenne*; 18 ottobre 2001, C-19/00, *SIAC Construction c. Country Council of the Country of Mayo*; 26 settembre 2000, C-225/98, *Commissione c. Francia*; 28 marzo 1995, C-324/93, *The Queen c. Secretary of State Home Department*; 20 settembre 1988, C-31/87, *Beentjes c. Paesi Bassi*.

¹⁵⁹ Corte Giust. UE, 7 ottobre 2004, C-274/02, *Commissione c. Francia*.

¹⁶⁰ Art. 95, c. 6, 11, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

¹⁶¹ T.A.R. Bolzano, Trentino-Alto Adige, Sez. I, 28 luglio 2011, n. 284.

installazione, messa in funzione, funzionamento, costi di smaltimento del prodotto¹⁶². Infine, l'utilizzo di tale strumento è senza dubbio utile a favorire le capacità innovative delle imprese concorrenti, premiando quelle più capaci di offrire prodotti ecologicamente orientati. Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa consente l'aggiudicazione infatti non solo attraverso una valutazione quantitativo-economica, ma anche tecnica e qualitativa¹⁶³: a questo fine il bando di gara deve stabilire i criteri di valutazione dell'offerta tra cui sono espressamente previsti, in riferimento all'oggetto del contratto, il contenimento dei consumi energetici dell'opera o del prodotto da acquistare¹⁶⁴.

Nel nuovo codice dei contratti pubblici il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa segue un approccio costo/efficacia che valuta il costo del ciclo di vita del prodotto o del servizio (*life-cycle costing*)¹⁶⁵, che appare un'innovazione di assoluta rilevanza per quanto concerne l'acquisto di servizi energetici entro cui la qualità del servizio si misura in particolar modo nella sua gestione e manutenzione di lungo periodo. In particolare il costo del ciclo di vita di un prodotto¹⁶⁶ comprende sia i costi interni, ovvero quelli relativi all'acquisizione, all'utilizzo, alla manutenzione e quelli relativi al fine vita, come i costi di raccolta e di riciclaggio - pertanto ricomprendendo il consumo energetico del prodotto - sia i costi imputati a esternalità ambientali legate ai prodotti, servizi o lavori nel corso del ciclo di vita, a condizione che il loro valore monetario possa essere determinato e verificato. Giova a tal punto precisare che il nuovo Codice dei contratti pubblici individua il criterio della scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa come criterio generale, limitando il ricorso al criterio del prezzo più basso solo in determinate ipotesi¹⁶⁷; inoltre, in relazione all'affidamento di contratti aventi ad oggetto l'affidamento della gestione dei servizi energetici, la disciplina normativa già prevedeva che fosse applicato il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in considerazione della complessità degli elementi economici e tecnici che formano l'oggetto della prestazione richiesta¹⁶⁸.

¹⁶² Commissione UE, *Acquistare verde! Manuale sugli appalti pubblici verdi*, II Ed., Brussels, Ufficio Pubblicazioni dell'Unione Europea, 2005.

¹⁶³ AVCP, Determinazione 20 maggio 2009, n. 4; Determinazione 8 ottobre 2008, n. 5.

¹⁶⁴ Art. 95, c. 6, lett. c, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

¹⁶⁵ Art. 96, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

¹⁶⁶ Artt. 3, c. 1, lett. *hhhh*; 96, c. 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; Art. 2, c. 1, n. 20, Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 24/2014/UE, il costo del ciclo di vita del prodotto equivale "*a tutte le fasi consecutive e/o interconnesse, compresi la ricerca e lo sviluppo da realizzare, la produzione, gli scambi e le relative condizioni, il trasporto, l'utilizzazione e la manutenzione, della vita del prodotto o del lavoro o della prestazione del servizio, dall'acquisizione della materia prima o dalla generazione delle risorse fino allo smaltimento, allo smantellamento e alla fine del servizio o all'utilizzazione*".

¹⁶⁷ Art. 95, c. 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; in giurisprudenza: Corte Giust. UE, 24 gennaio 2008, C-532/06, *Emm. G. Lianakis c. Alexandroupolis*; 4 dicembre 2003, C-448/01, *EVN AG c. Republik Österreich*; Cons. St., Sez. V, 19 novembre 2009, n. 7259; TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, 26 giugno 2008, n. 853; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 29 aprile 2009, n. 4396; T.A.R. Veneto, Sez. I, 15 settembre 2009, n. 2404; T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 29 ottobre 2008 n. 1480; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 18 febbraio 2009, n. 371.

¹⁶⁸ Art. 15, c. 1, d.lgs. 30 maggio 2008, n. 115.

E' infine consentito alle stazioni appaltanti di esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione del contratto pubblico, tra cui considerazioni ambientali, laddove le stesse siano preventivamente precisate nel bando di gara o nel capitolato d'oneri¹⁶⁹. Tali condizioni esecutive devono essere aggiuntive rispetto all'oggetto del contratto, di modo da non coincidere con le specifiche tecniche, e assumere un ruolo accessorio o complementare rispetto all'oggetto stesso del contratto pubblico¹⁷⁰. In particolare al fine di una migliore integrazione di considerazioni sociali e ambientali nelle procedure di appalto, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la facoltà di ricorrere a criteri di aggiudicazione o condizioni di esecuzione dell'appalto, anche consistenti nel fatto che i servizi acquistati siano efficienti dal punto di vista energetico¹⁷¹, facendo ricorso al criterio di aggiudicazione basato sui costi del ciclo di vita e stabilendo un maggiore punteggio per i beni, i lavori e i servizi con minore impatto sulla salute e sull'ambiente¹⁷².

Anche i nuovi modelli previsti nelle nuove direttive in punto di procedure d'acquisto possono permettere la realizzazione di sistemi di efficientamento energetico nelle pubbliche amministrazioni; in particolare il partenariato per l'innovazione¹⁷³: la procedura consente infatti tanto lo sviluppo quanto il successivo acquisto di prodotti, servizi e lavori innovativi da parte dell'amministrazione pubblica interessata all'efficientamento del proprio sistema energetico. L'innovazione, nella disciplina dei contratti pubblici, è individuata come l'attuazione di un prodotto, servizio o processo novo o significativamente migliorato rispetto a quanto disponibile sul mercato¹⁷⁴, in linea con le finalità europee delineate nel Programma Europa 2020¹⁷⁵, tra cui il raggiungimento di un miglior livello di efficienza energetica anche nel settore pubblico.

Dalle nuove procedure d'acquisto previste nella disciplina europea, e in particolare dall'appalto pre-commerciale, il partenariato per l'innovazione si caratterizza per essere un *demand-side instrument* entro cui l'amministrazione pubblica assume un ruolo attivo di agente catalizzatore di prodotti innovativi per se stessa e per il mercato in generale. In questa prospettiva il partenariato per l'innovazione si pone in diretta continuità con lo strumento della consultazione preliminare di mercato¹⁷⁶

¹⁶⁹ Nonostante la progressiva e crescente attenzione generale per le tematiche ambientali negli acquisti pubblici, non si può tuttavia non notare l'auto-limitazione della disciplina europea degli appalti pubblici alla sola fase di aggiudicazione del contratto e la scarsità di norme che regolino invece la fase esecutiva sia penalizzate per il raggiungimento degli obiettivi delle stazioni appaltanti in generale ma in modo particolare nel *Green Procurement* entro cui l'esatta esecuzione delle prestazioni richieste - ossia la loro compatibilità con standard ambientali onde tutelare interessi come il perseguimento di consumi energetici efficienti - costituisce la principale esigenza dell'acquisto pubblico.

¹⁷⁰ Art. 100, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

¹⁷¹ § 97, Direttiva del Parlamento europeo e del consiglio n. 24/2014/UE.

¹⁷² Art. 95, c. 6, 11, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

¹⁷³ Art. 65, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

¹⁷⁴ Art. 3, c. 1, lett. *nnnn*, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

¹⁷⁵ Commissione UE, *Comunicazione Europa 2020: Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, 3 marzo 2010, COM(2010)2020 def.

¹⁷⁶ Art. 66, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

secondo cui, prima di avviare una procedura d'acquisto, le pubbliche amministrazioni possono consultare gli operatori economici di mercato di modo da preparare adeguatamente l'acquisto e informare i soggetti privati delle iniziative programmate e degli obiettivi prefissati. Il confronto preliminare con i differenti attori del mercato - le consultazioni possono, infatti, coinvolgere esperti, autorità indipendenti, consumatori e associazioni di categoria - rappresenta un elemento particolarmente utile per definire i contenuti preliminari della procedura di partenariato, così come la motivazione che deve accompagnarne l'avvio.

Tali previsioni normative contribuiscono a rendere più facilmente raggiungibile l'obiettivo di conseguire un maggiore efficientamento energetico, in particolar modo connettendolo con la funzione strategica degli acquisti pubblici - dato il loro impatto economico pare al 19% del PIL Europeo - e in particolare proiettando il potere di acquisto delle stazioni appaltanti a favore delle soluzioni più innovative nell'assicurare servizi energetici efficienti¹⁷⁷.



PUBBLICATO SU AMBIENTEDIRITTO.IT - 16 FEBBRAIO 2017 - ANNO XVII



AmbienteDiritto.it - Rivista Giuridica Telematica - Electronic Law Review - Via Filangeri, 19 - 98078 Tortorici ME -
Tel +39 0941 421391 - Fax digitale +39 1782724258 Mob. +39 3383702058 - info@ambientedititto.it - Testata
registrata presso il Tribunale di Patti Reg. n. 197 del 19/07/2006 - ISSN 1974-9562



¹⁷⁷ G.M. RACCA - C.R. YUKINS, *Steps for integrity in public contracts*, in G.M. RACCA- C.R. YUKINS (Eds. By.), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contract. Balancing Corruption in Public Procurement Internationally*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 1 ss.