



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 1134 del 4 dicembre 2019

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da RC Energia Società Consortile a R.L. – Procedura aperta per l'affidamento in concessione, mediante finanza di progetto, della gestione degli impianti di pubblica illuminazione, compreso l'adeguamento normativo e l'efficientamento energetico, per la durata di 10 anni, a ridotto impatto ambientale - Importo a base di gara: 595.669,00 euro - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - S.A.: Comune di Bogliasco

PREC 179/19/S

Articoli 180 e 183 del d.lgs. n. 50/2016

Servizio di illuminazione pubblica – efficientamento finalizzato al risparmio energetico – affidamento mediante *project financing* – necessaria traslazione del rischio economico sul privato gestore

Il contratto di rendimento energetico è riconducibile nell'alveo dei contratti di partenariato pubblico privato quando realizza l'allocazione dei rischi nel rispetto della disciplina vigente in materia di PPP.

Considerato in fatto

Con istanza acquisita al prot. n. 76332 del 30 settembre 2019, l'operatore economico RC Energia Società consortile a r.l. ha sottoposto alla valutazione dell'Autorità una serie di criticità riguardanti la procedura in epigrafe che, ad avviso dell'istante, ne inficerebbero la conformità alla vigente disciplina normativa.

Nella specie, l'istante ha evidenziato che la procedura, finalizzata all'affidamento in concessione, mediante *project financing*, della gestione degli impianti di pubblica illuminazione, compreso l'adeguamento normativo e l'efficientamento energetico, per la durata di dieci anni:

- (i) non contempla, tra le prestazioni a carico del concessionario, la manutenzione ordinaria degli impianti (che resta attribuita al Comune). Ciò altererebbe in misura sostanziale la ripartizione dei rischi tra concessionario e concedente, incidendo sull'allocazione, a carico del concessionario, del rischio operativo (rischio connesso alla gestione degli impianti che dovrebbe comprendere anche la manutenzione ordinaria degli stessi, in quanto coesistente alla stessa nozione di gestione di un bene) e del rischio di disponibilità, con l'effetto di compromettere l'assetto e l'equilibrio del rapporto concessorio nel suo complesso e di determinare un ingiustificato aumento della spesa per il servizio di manutenzione a carico dell'amministrazione concedente;
- (ii) richiede, ai fini della partecipazione, il possesso di requisiti minimi non rispondenti ai requisiti di capacità tecnica ed economica prescritti dall'art. 95 d.P.R. n. 207/2010 (richiamato dall'art. 183, comma 8, d.lgs. n. 50/2016) per la partecipazione alle procedure di affidamento di



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

concessione di lavori pubblici; inoltre, richiede un fatturato minimo (fatturato specifico annuo non inferiore a euro 100.000,00 negli ultimi tre anni antecedenti la data di pubblicazione del bando) che appare esiguo rispetto sia alla base d'asta (595.669,00) che rispetto ai lavori da eseguire nel primo anno di concessione (292.439,70 euro);

- (iii) dispone la presentazione di un'offerta tecnica i cui contenuti non risulterebbero in linea con quanto previsto dall'art. 183, comma 15, d.lgs. n. 50/2016 e reca criteri di valutazione dell'offerta tecnica ed economica non rispondenti alle previsioni normative in materia (non è prevista la valutazione della bozza di convenzione, del valore del piano economico-finanziario, dell'eventuale riduzione del canone, della possibile minore durata della convenzione, dello sconto praticabile per eventuali lavori aggiuntivi e straordinari che si rendessero necessari).

A seguito della comunicazione di avvio del procedimento, il Comune di Bogliasco ha replicato con memoria acquisita al prot. n. 86405 del 30 ottobre 2019, evidenziando:

- quanto al punto sub (i), che il contratto, avente ad oggetto la realizzazione di interventi di efficientamento energetico sull'impianto di illuminazione pubblica, è qualificabile come contratto di partenariato pubblico privato (PPP) e, al contempo, ha elementi propri dei c.d. *Energy Performance Contract* (EPC). Ciò in quanto, come gli EPC, prevede che il canone da versare all'operatore economico dipenda dal risparmio energetico effettivo ottenuto a seguito degli interventi di riqualificazione (con una penale da "*under performance*" qualora il risparmio energetico effettivo sia inferiore a quello garantito e la ripartizione in parti uguali, tra operatore economico e Comune, del risparmio energetico effettivo superiore a quello garantito) e, come tipico dei PPP, pone a carico dell'operatore economico il rischio di disponibilità (laddove prevede che, in caso di disservizio dell'impianto determinato da colpa, dolo o errata progettazione dell'operatore economico o, comunque, per causa ad esso imputabile, la quota del corrispettivo per la parte di impianto oggetto del disservizio e per i giorni di permanenza dello stesso non sia dovuta). La scelta di porre a carico dell'amministrazione gli oneri della manutenzione ordinaria dell'impianto di illuminazione sarebbe stata dettata da criteri di efficienza economica dell'azione amministrativa, poiché il Comune è dotato delle attrezzature tecniche e del personale idonei e sufficienti per provvedervi in autonomia;
- quanto al punto sub (ii), che la previsione dell'art. 95 d.P.R. n. 207/2010 non è stata ritenuta adeguata sotto il profilo del principio di proporzionalità mentre la scelta dei requisiti di partecipazione è stata ispirata al principio del *favor participationis* (in particolare il requisito del fatturato minimo annuo è stato calcolato tenendo conto del limite previsto dall'art. 83, comma 5, d.lgs. n. 50/2016);
- quanto al punto sub (iii), che la bozza di convenzione e le caratteristiche del servizio e della gestione incluse nella proposta posta a base di gara sono state ritenute soddisfacenti e che sono previsti punteggi al valore del piano economico finanziario.

Con memoria acquisita al prot. n. 90780 del 13 novembre 2019, l'istante ha ribadito le proprie doglianze rilevando, in particolare, l'impossibilità di qualificare il contratto come concessione di lavori (a differenza



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

di quanto indicato negli atti di gara), e anche come PPP, a causa della mancata assunzione, da parte del concessionario, della piena gestione degli impianti nonché del rischio operativo, con conseguente impossibilità di ricorrere all'istituto di cui all'art. 183, comma 15, d.lgs. n. 50/2016.

Ritenuto in diritto

Il servizio di illuminazione pubblica è un servizio pubblico locale avente rilevanza economica (Consiglio di Stato, 10 settembre 2010, n. 6529; TAR Lazio, 24 maggio 2018, n. 5781) e, come tale, va affidato nel rispetto della disciplina eurounitaria, mediante procedure ad evidenza pubblica, anche attraverso le formule della concessione di servizi con la componente lavori, del *project financing* e del finanziamento tramite terzi. Per potere ricorrere allo schema contrattuale concessorio, come pure, più in generale, a quello del partenariato pubblico privato (PPP), e ai vantaggi della relativa disciplina (primo fra tutti la non iscrizione in bilancio del costo dell'investimento strumentale alla realizzazione dell'opera), come già evidenziato dall'Autorità nel Comunicato del Presidente del 14 settembre 2016, occorre tuttavia che ne ricorrano i presupposti, ovvero, in particolare, che l'assetto dei reciproci interessi scolpito nel contratto determini un'effettiva traslazione del rischio economico in capo all'operatore economico gestore.

Il *project financing*, a cui, nel caso in esame, il Comune di Bogliasco ha inteso ricorrere, più che una tipologia contrattuale è, più propriamente, un sistema di finanziamento di realizzazione di opere pubbliche innestato su un contratto di concessione o, nel caso di *project financing* su iniziativa del privato, su un contratto di PPP (art. 183, comma 16, d.lgs. n. 50/2016).

I contratti di PPP costituiscono una forma di collaborazione tra il settore pubblico e quello privato finalizzata alla realizzazione di opere pubbliche e alla gestione di servizi, nell'ambito della quale i rischi legati all'operazione sono suddivisi tra le parti sulla base delle rispettive competenze di gestione del rischio, ferma restando l'allocazione in capo all'operatore economico, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, del rischio di domanda (art. 180, comma 3, d.lgs. n. 50/2016). La concessione è annoverata dal comma 8 dell'art. 180 tra i contratti riconducibili nel più vasto *genus* contrattuale del PPP e si caratterizza per determinare l'allocazione in capo al concessionario del c.d. rischio operativo (art. 3, comma 1, lett. zz), d.lgs. n. 50/2016). Ai sensi del richiamato comma 8, rientra nella tipologia del PPP, oltre ai contratti tipici ivi indicati, «qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche» indicate nei commi precedenti.

Caratteristica fondamentale del PPP – definito all'art. 3, comma 1, lett. eee), d.lgs. n. 50/2016, come il contratto a titolo oneroso con il quale viene conferito a un operatore economico, «per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connessa all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore» - è l'assenza di garanzia, per l'operatore economico, di recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per eseguire il lavoro o fornire il servizio, giacché ciò dipende «dall'effettiva fornitura del servizio o utilizzabilità dell'opera o dal



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

volume dei servizi erogati in corrispondenza della domanda e, in ogni caso, dal rispetto dei livelli di qualità contrattualizzati», sulla base di una valutazione svolta *ex ante* (art. 180, comma 3).

Per ciò che concerne il profilo contabile e l'impatto delle operazioni di PPP sul debito pubblico, occorre fare riferimento alle decisioni Eurostat (art. 3, comma 1, lett. eee) che, sul punto, statuiscano che gli assets di una operazione di PPP possono essere considerati non pubblici, e quindi non gravare sul bilancio pubblico, solo se c'è una forte prova che il privato si faccia carico simultaneamente della maggior parte dei rischi e dei benefici derivanti dagli assets e dal loro utilizzo, così da potere esserne ritenuto il "proprietario economico" (v. *Manual on Government Deficit and Debt – Implementation of ESA 2010* di Eurostat, par. VI.4).

L'Energy Performance Contract (EPC), o contratto di rendimento energetico o di prestazione energetica - a cui il Comune di Bogliasco ritiene riconducibile il contratto in esame che, in quanto tale, secondo la prospettiva dell'amministrazione, sarebbe qualificabile come PPP - è attualmente disciplinato dal d.lgs. n. 102/2014, di attuazione della direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica, che, nell'art. 2, comma 2, lett. n), lo definisce come «accordo contrattuale tra il beneficiario (...) e il fornitore di una misura di miglioramento dell'efficienza energetica, verificata e monitorata durante l'intera durata del contratto, dove gli investimenti (lavori, forniture o servizi) realizzati sono pagati in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica stabilito contrattualmente o di altri criteri di prestazione energetica concordati, quali i risparmi finanziari».

Elemento caratterizzante dell'EPC è l'oggetto del contratto, rappresentato dal miglioramento dell'efficienza energetica, rispetto al quale l'operatore economico assume una obbligazione di risultato, che costituisce anche il parametro in funzione del quale sono pagati gli investimenti effettuati dal privato, per cui il pagamento del canone è direttamente legato al livello prestazionale raggiunto. Nonostante la definizione fornita dal legislatore, l'EPC rimane un contratto atipico, che nella prassi si è sviluppato secondo modelli contrattuali aventi connotazioni e contenuti differenti ("guaranteed savings", con livello di risparmio garantito concordato e canone fisso; "shared savings" nel quale le parti si accordano diversamente sulla ripartizione del risparmio conseguito grazie all'intervento del soggetto fornitore; "first out" dove il privato è l'unico beneficiario dei ricavi derivanti dal risparmio energetico ottenuto così da ripagare l'investimento sostenuto; "first in", nel quale il soggetto pubblico gode dei benefici economici derivanti da un risparmio energetico maggiore a quello minimo stabilito e paga all'operatore economico un canone fisso con conguaglio nel caso in cui il risparmio ottenuto sia superiore a quello garantito).

Non è pertanto possibile stabilire a priori la riconducibilità dell'EPC nell'alveo dei contratti di PPP ma occorre, caso per caso, effettuare un'analisi sistematica delle clausole contrattuali per verificare se, nel complesso, sussistano i presupposti di legge per la qualificazione dell'operazione come PPP (cfr., Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per la Basilicata, parere n. 43 del 7 giugno 2019).

In particolare, sotto il profilo della disciplina contabile (iscrizione nel bilancio pubblico *vs* privato), Eurostat, con la recente nota del 19 settembre 2017 ("The recording of energy performance contracts in government accounts" Eurostat Guidance Note), ha ritenuto che il contratto EPC può beneficiare della non iscrizione nel bilancio pubblico se il contratto risponde ai requisiti propri del PPP, ovvero, in conformità a *ESA 2010*, se prevede che sia il contraente privato a sopportare la maggior parte dei rischi e godere della maggior parte dei benefici associati all'uso degli asset oggetto del contratto, così da essere considerato "il



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

proprietario economico” di tali asset . Secondo le indicazioni della Nota, ciò avviene se il contraente privato dell’EPC risponde del corretto funzionamento dell’impianto e sopporta, oltre ai rischi di costruzione, i rischi connessi alla performance, alla manutenzione e ristrutturazione ed è destinatario della maggior parte dei benefici nella forma dei risparmi energetici, con la precisazione che la ripartizione tra l’operatore economico e l’amministrazione del risparmio eccedente il minimo garantito potrebbe, in alcune circostanze e in conformità alla disciplina del PPP, costituire un elemento che faccia propendere per la necessità di iscrizione nel bilancio pubblico del costo dell’investimento.

Anche nel caso in esame, al di là del *nomen juris* attribuito dalla stazione appaltante (“Affidamento in concessione mediante progetto di finanza ...”), è necessario verificare, sul piano sostanziale, che l’allocazione dei rischi, e dei benefici, attuata dalla bozza di convenzione posta a base di gara, sia tale da giustificare il ricorso ad un istituto (*project financing* su iniziativa del promotore) ammissibile in presenza di (almeno) un (anche atipico) contratto di PPP.

Il contratto in oggetto, a fronte di un importo complessivo dei lavori pari a 292.439,70 euro (cfr. bando di gara) e di un valore complessivo dell’investimento iniziale pari a 377.731,00 euro (cfr. PEF asseverato posto a base di gara), prevede il pagamento all’operatore economico di un canone annuo di 62.702,00 euro (cfr. PEF) per dieci anni (per un totale di 595.669 euro – pari alla base d’asta – tenuto conto che, il primo anno, il canone è riconosciuto nella misura della metà). Il canone annuo non è soggetto a ribasso in sede di offerta (cfr. FAQ n. 10). Nel caso in cui il risparmio energetico ottenuto sia inferiore a quello garantito (nel progetto presentato in sede di gara, pari a 78,5% dei consumi storici), l’operatore economico riconosce all’amministrazione una penale da *under performance* (cfr. art. 21.4 Bozza di convenzione). Nel caso in cui il risparmio ottenuto sia superiore a quello garantito, la bozza di convenzione prevede che il maggior risparmio sia ripartito in parti uguali tra privato e amministrazione con la possibilità per l’amministrazione di compensare quanto dovuto con il canone da versare all’operatore economico (art. 21.4). La percentuale di risparmio energetico riconosciuta a favore del comune è tuttavia oggetto di offerta, con criterio premiante per chi offre la percentuale maggiore (cfr. par. 18.3 Disciplinare di gara), per cui ne potrebbe derivare un assetto contrattuale che attribuisce all’amministrazione i benefici derivanti dal risparmio energetico in misura maggioritaria rispetto all’operatore economico.

A fronte del canone annuo riconosciuto nella misura sopra indicata, eventualmente conguagliato in ragione del risparmio effettivamente ottenuto, il PEF asseverato posto a base di gara reca come costi a carico dell’operatore economico unicamente i costi per il consulente che assiste il comune nell’espletamento delle verifiche del test di performance (art. 21.4 bozza di convenzione), i costi per la gestione della contabilità e dell’amministrazione e i costi di garanzie e fidejussioni, per un totale di 4.270,00 euro annui. Non è previsto a carico dell’operatore economico alcun costo per l’attività di manutenzione, né ordinaria né straordinaria.

Ciò in quanto, la bozza di convenzione pone a carico dell’operatore economico, oltre alla progettazione ed esecuzione degli interventi di efficientamento energetico, la sola “gestione in termini di conduzione” delle apparecchiature installate (art. 3 bozza di convenzione). Rimangono a carico del Comune tanto la manutenzione ordinaria (art. 17.1 lett. g) e art. 19) che quella straordinaria (art. 20), che il Comune si riserva di affidare all’operatore economico remunerandola, extra canone, sulla base di prezzi individuati



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

tramite criteri esplicitati nella convenzione. L'amministrazione si è altresì riservata la facoltà di reinvestire, in parte o in toto, il risparmio a proprio favore in opere di manutenzione straordinaria la cui necessità è stata riscontrata congiuntamente dalle parti; anche tali opere possono essere affidate all'operatore economico ad un costo, extra canone, stabilito congiuntamente (art. 20).

La manutenzione dell'opera, unitamente alla sua realizzazione, trasformazione e gestione operativa, rientra nel complesso di attività che la stazione appaltante affida all'operatore economico in forza di un contratto di PPP, in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connessa all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio da parte dell'operatore (art. 3, comma 1, lett. eee), d.lgs. n. 50/2016). Il rischio di manutenzione straordinaria, in particolare, è uno dei rischi specifici riconducibili alla categoria generale del rischio di disponibilità che, unitamente al rischio di costruzione, in caso di assenza del rischio di domanda, deve necessariamente essere allocato in capo all'operatore economico ai fini della qualificazione del contratto come PPP (Cfr. Linee Guida n. 9 recanti "Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato"). E che nel caso di specie risulta invece allocato in capo all'amministrazione.

Rientrano nel rischio generale di disponibilità anche il rischio specifico di *performance* (rischio che la struttura messa a disposizione o i servizi erogati non siano conformi agli indicatori di prestazione prestabiliti) e il rischio specifico di indisponibilità totale o parziale della struttura da mettere a disposizione e/o dei servizi da erogare (cfr. Linee guida, cit.).

Entrambi risultano allocati in capo all'operatore economico. Tuttavia, il rischio di *performance*, consistente nel pagamento della penale di *under performance* nel caso di mancato raggiungimento del livello di risparmio energetico garantito, ha una probabilità di verificarsi che, nella matrice dei rischi, è definita minima e, al suo verificarsi, potrebbe determinare un aumento dei costi valutato tra il 5 e il 10% (cfr. matrice dei rischi) e quindi non pare in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi dell'operatore economico (art. 180, comma 4). Mentre il rischio di indisponibilità del servizio, tradotto nella decurtazione del corrispettivo di una quota corrispondente alla parte d'impianto oggetto del disservizio e per i giorni di permanenza dello stesso (art. 21.8 bozza di convenzione), ha una probabilità di verificarsi che, nella matrice dei rischi, è ritenuta nulla e risulta comunque attenuato dall'inapplicabilità della richiamata penale nel caso in cui il disservizio sia determinato da «rotture delle apparecchiature impiegate».

L'allocazione dei rischi come risultante dalle clausole sopra considerate – rischio di manutenzione straordinaria gravante sull'amministrazione e rischi di *performance* e di indisponibilità del servizio gravanti sull'operatore economico ma attenuati – si ritiene non condizioni il recupero degli investimenti e dei costi dell'operatore economico all'effettiva fornitura del servizio e al rispetto dei livelli di qualità contrattualizzati (art. 180, comma 3).

A ciò si aggiunga che il comune gode, potenzialmente anche in modo maggioritario rispetto all'operatore economico, dei benefici derivanti dalla gestione, tramite l'attribuzione di parte del risparmio energetico eccedente quello garantito, e che lo stesso comune si è riservato di utilizzare tali risparmi per opere di manutenzione straordinaria.

L'insieme di questi indici - manutenzione ordinaria e rischio di manutenzione straordinaria gravanti sull'amministrazione, rischi gravanti sull'operatore economico non significativi, benefici della gestione a



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

vantaggio dell'amministrazione utilizzati per la manutenzione straordinaria dell'impianto – contribuisce ad individuare, anche secondo i parametri Eurostat, l'amministrazione come “proprietaria economica” dell'impianto e ad escludere che l'operazione posta in essere dal comune di Bogliasco sia qualificabile come contratto (atipico) di PPP.

Si ritengono assorbiti i rimanenti quesiti posti dall'istante.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione,

- l'affidamento posto in essere dal Comune di Bogliasco non qualificabile come operazione di partenariato pubblico privato perché non determina un'effettiva traslazione del rischio economico in capo all'operatore economico.

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 12 dicembre 2019

Il Segretario, *Rosetta Greco*