Studio Legale
Avv. Samantha Battiston
Patrocinatore in Cassazione

Brevi osservazioni proposta Engie Servizi S.p.A. / Comune di Elmas

Il contratto di rendimento energetico, introdotto nell'ordinamento comunitario dalla direttiva 2006/32/CE, relativa all'efficienza degli usi finali dell'energia e i servizi energetici, è stato recepito nel nostro ordinamento attraverso il D.lgs. 30 maggio 2008, n. 115 ed è stato ulteriormente disciplinato dal D.lgs. 4 luglio 2014, n. 102 che lo definisce all'art. 2 lett. n), come un: "accordo contrattuale tra il beneficiario o chi per esso esercita il potere negoziale 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".

Il contratto EPC deve avere alcuni contenuti minimi definiti per tale fattispecie negoziale dal legislatore e indicati nell'Allegato n. 8 al D.lgs. n. 102 del 2014 ovvero:

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 dei requisiti equivalenti in eventuali concessioni in appalto a terze parti;

Viale dello Stadio, 68 - 20013 MAGENTA (MI)
Tel. 02-9791876 - Fax 02-97295991
info@studiobattiston.eu

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 chiariscano 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.

Si tratta di contratti che possono essere stipulati unicamente da società ESCO disciplinate dal D.lgs. n. 115 del 2008 che le inquadra come persone fisiche o giuridiche che forniscono "servizi energetici ovvero altre misure di miglioramento dell'efficienza energetica nelle istallazioni o nei locali dell'utente (...) accettando un certo margine di rischio finanziario." dove "Il pagamento dei servizi forniti si basa, totalmente o parzialmente, sul miglioramento dell'efficienza energetica conseguito e sul raggiungimento degli altri criteri di rendimento stabiliti ".

Come chiarito anche dal DIPE (si veda vademecum EPC del maggio 2022) "Le ESCo operano sul mercato offrendo pacchetti integrati di servizi che, partendo dalla diagnosi energetica, sono volti al raggiungimento dell'efficienza energetica. Secondo la Commissione europea, gli elementi caratterizzanti delle ESCo possono essere identificati anzitutto nei seguenti: i) la garanzia, sotto varie forme, del risparmio energetico e/o la fornitura dello stesso livello di servizio energetico a costi inferiori; ii) la remunerazione connessa ai risparmi energetici conseguiti; iii) la possibilità di svolgere un ruolo nel finanziamento o nell'organizzazione dei finanziamenti."

Ed ancora si legge in tale documento: "Pertanto, le ESCo, a fronte dell'assunzione di un certo grado di rischio, operano per il raggiungimento di una migliore efficienza

energetica, basando in tutto o in parte la remunerazione per i servizi forniti sul raggiungimento di tali miglioramenti di efficienza energetica. Si tratta generalmente di società in grado di fornire i servizi necessari per realizzare un intervento di efficienza energetica, con l'assunzione dell'onere dell'investimento e il rischio di un mancato risparmio, a fronte della stipula di un contratto nel quale vengono identificati anche i relativi proventi."

Fondamentale per la corretta costruzione di un contratto EPC è la definizione della Baseline energetica calcolata sulla base dei consumi storici e finalizzata a consentire la quantificazione delle performance energetiche e l'effettiva congruità del canone erogato.

La Baseline viene definita applicando le indicazioni del Protocollo internazionale di misura e verifica delle performance energetiche (*International Performance Measurement and Verification Protocol – IPMVP*) ovvero lo *standard* di riferimento per la verifica e la quantificazione dei risultati dei progetti di efficienza energetica e, più in generale, delle *performance* energetiche.

Ai sensi della lettera l) dell'Allegato 8 del D.lgs. n. 10 del 2014 sopra citato tra gli elementi minimi che devono figurare nei contratti di rendimento energetico rientrano le informazioni dettagliate sugli obblighi di ciascuna delle parti contraenti e le conseguenti sanzioni in caso di inadempienza, tra cui le penali.

Il sistema delle penali in un contratto EPC garantisce la allocazione in capo al privato del c.d. rischio *performance* ed è legata al costante monitoraggio delle prestazioni energetiche garantite contrattualmente.

Importante a tal fine è la differenza tra efficientamento energetico e risparmio energetico come stabilita dalla direttiva europea 2012/27/UE che definisce il risparmio energetico come "la quantità di energia risparmiata, determinata mediante una misurazione e/o una stima del consumo prima e dopo l'attuazione di una misura di miglioramento dell'efficienza energetica, assicurando nel contempo la normalizzazione delle condizioni esterne che influiscono sul consumo energetico"; la medesima direttiva definisce l'efficienza energetica

come “il rapporto tra un risultato in termini di rendimento, servizi, merci o energia e l’immissione di energia".

L’efficientamento energetico perseguito in questo contesto consiste nel miglioramento del valore dell’efficienza energetica.

Ai sensi dell'art. 8, comma 5, lett. c quater del D.L. n. 76 del 2020 (c.d. “decreto semplificazioni”) in linea con le indicazioni di ENEA il contratto di EPC è stato incluso a tutti gli effetti nell’ambito del Partenariato Pubblico Privato (PPP). L’art. 180, comma 2 del D.Lgs. n. 50 del 2016 prevede che “nel caso di contratti di rendimento energetico o di prestazione energetica (EPC), i ricavi di gestione dell'operatore economico possono essere determinati e pagati in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica o di altri criteri di prestazione energetica stabiliti contrattualmente, purché quantificabili in relazione ai consumi; la misura di miglioramento dell'efficienza energetica, calcolata conformemente alle norme in materia di attestazione della prestazione energetica degli immobili e delle altre infrastrutture energivore, deve essere resa disponibile all'Amministrazione Concedente a cura dell'operatore economico e deve essere verificata e monitorata durante l'intera durata del contratto, anche avvalendosi di apposite piattaforme informatiche adibite per la raccolta, l'organizzazione, la gestione, l'elaborazione, la valutazione e il monitoraggio dei consumi energetici. Il contratto di partenariato può essere utilizzato dalle Amministrazioni concedenti per qualsiasi tipologia di opera pubblica”.

Il canone in un contratto EPC è di norma composto da:

- una quota da versare all’operatore economico strutturato in connessione con i livelli prestazionali;
- una ripartizione (tra operatore economico e P.A.) del risparmio energetico effettivo superiore a quello garantito;
- eventuali penali per mancato raggiungimento del livello di efficientamento minimo garantito (c.d. malus).

Dal momento che ciò che contraddistingue un contratto EPC è la c.d. performance ovvero il miglioramento della efficienza energetica, il pagamento del canone è direttamente legato al

livello prestazionale raggiunto e in caso di mancato raggiungimento del risparmio garantito sarà operata una decurtazione del canone automatica.

Accanto al contratto di EPC "puro" nella prassi si sono diffusi contratti che includono anche la fornitura dell'energia che, occorre sottolineare, non è oggetto tipico della fattispecie in esame e non può essere inclusa nell'ambito del più generale rischio operativo da traslare in quanto in capo all'operatore economico. Pertanto l'eventuale aumento del prezzo del vettore energetico non dipendente dalla società che garantisce il servizio può dare luogo a revisioni del corrispettivo come per le altre fattispecie negoziali di fornitura specie se non rientra nella normale alea contrattuale.

Nel caso in esame si configura una fattispecie di Contratto Energia Plus ovvero un negozio misto con oggetti diversi ovvero la fornitura di energia, gli interventi di miglioramento delle prestazioni energetiche degli edifici e alla conduzione e manutenzione degli impianti.

La componente di fornitura del vettore energetico non è la causa tipica del contratto in quanto la misura dell'efficientamento è data dall'energia fornita e non dal combustibile consumato per cui l'amministrazione non compra il vettore energetico ma il servizio di trasformazione a garanzia dei livelli di performance stabiliti contrattualmente (miglioramento del processo di trasformazione e di utilizzo dell'energia) sulla cui base si deve misurare la traslazione del rischio.

Nel caso in esame la causa del contratto è il risparmio energetico così dichiarato:

- 100 % sul vettore energetico GASOLIO, per il riscaldamento invernale;
- 65% sul vettore energetico ENERGIA ELETTRICA per la pubblica illuminazione

+ 3,9 % sul vettore energetico ENERGIA ELETTRICA, per gli immobili (incremento dovuto alla dismissione del Gasolio).

Il risparmio energetico, fino alla quota dichiarata, concorre a sostenere il costo dei lavori di investimento

previsti e compresi nella proposta per cui il rischio è a carico del concessionario.

Tali caratteristiche sono state tutte incluse nella bozza di contratto presentata dall'operatore economico; si legge infatti all'art. 9 di tale documento che: "Il Canone annuale sarà

Studio Legale
Avv. Samantha Battiston
Patrocinatore in Cassazione

composto dalla sommatoria di quattro canoni, il cui importo è determinato a partire dalla spesa storica dell'Amministrazione.

Resta inteso che il rischio associato al non ritorno economico in tutto o in parte dell'investimento, finanziato attraverso il risparmio energetico conseguibile a seguito della realizzazione dell'opere proposte, rimane a totale carico della proponente in qualità di ESCO.

In particolare, con riferimento all'allegato del Progetto di Fattibilità "Analisi Tecnica Economica dell'Offerta", si avrà:

- Il CANONE ANNUALE SE IP, relativo al Servizio Energia per gli impianti di illuminazione pubblica
- Il CANONE ANNUALE SE IMP El, relativo al Servizio Energia per gli impianti elettrici
- Il CANONE ANNUALE SE CT , relativo al Servizio Energia per gli impianti termici
- Il CANONE ANNUALE MAN TEC, relativo al servizio manutentivo degli impianti di climatizzazione."

Il contratto proposto include la fornitura del vettore energetico ma dal punto di vista dell'EPC si inquadra nella fattispecie del Shared Saving che prevede che il risparmio dichiarato nel Piano Economico e finanziario concorre al recupero dell'investimento e che il risparmio eccedente la quota dichiarata sarà ripartito in parti uguali tra concedente e concessionario.

In particolare, se il risparmio reale sarà maggiore di quello dichiarato, la differenza sarà ripartita al 50% tra il Concedente e il Concessionario, salvo diversa disposizione in sede di gara mentre se il risparmio reale sarà minore del risparmio dichiarato, la differenza sarà a totale carico del Concessionario (Rischio operativo di performance).

Avv. Samantha Battiston

Viale dello Stadio, 68 - 20013 MAGENTA (MI)
Tel. 02-9791876 - Fax 02-97295991
info@studiobattiston.eu