

# Nomos Appalti

Consulenza legale agli Enti Locali

Roma, 18 novembre 2011

**Circolare n. 193/2011**

**AL SIG. PRESIDENTE  
CONFSERVIZI MARCHE  
A TUTTI GLI ASSOCIATI**

**AL SIG. PRESIDENTE  
CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI**

**E A TUTTI GLI ALTRI  
ENTI, AZIENDE E SOCIETA'  
- LORO SEDI -**

**OGGETTO: DETERMINAZIONE AUTORITÀ DI VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE 26 OTTOBRE 2011, N. 6 – LINEE GUIDA PER L’AFFIDAMENTO DELLA REALIZZAZIONE DI IMPIANTI FOTOVOLTAICI ED EOLICI.**

Con la determinazione in oggetto, l’A.V.C.P. ha fornito linee guida operative per la redazione dei bandi di gara da parte delle amministrazioni e degli enti locali interessati alla realizzazione di impianti fotovoltaici ed eolici.

Sulla base di una procedura di consultazione pubblica degli operatori e delle amministrazioni operanti nel mercato delle fonti energetiche rinnovabili (FER), l’A.V.C.P. ha approfondito, in particolare, i seguenti aspetti:

- a) il ruolo degli enti locali nel mercato liberalizzato delle FER;
  - b) la realizzazione di impianti su superfici del demanio pubblico;
  - c) le modalità di realizzazione degli impianti, alla luce del Codice dei contratti pubblici.
- In questa sede si riassumono i contenuti più significativi della determinazione in commento.

1) Per quanto concerne il primo profilo, l’Autorità di vigilanza rammenta che *“l’attività di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili si inquadra nella disciplina generale della produzione di energia elettrica ed è attività libera, nel rispetto degli obblighi di servizio pubblico”,* e che *“a tale attività si accede in condizioni di uguaglianza, senza discriminazioni nelle modalità, condizioni e termini per il suo esercizio”*.

Come più volte rilevato dalla giurisprudenza amministrativa (cfr., ad esempio, Cons. Stato, sez. III, parere 14 ottobre 2008), il legislatore – nel recepire le disposizioni comunitarie volte al superamento del monopolio pubblico sulla produzione, sulla distribuzione e sulla vendita - ha optato per un modello autorizzatorio puro, che esclude la possibilità di regolare l'accesso al mercato mediante procedure pubblicistiche di natura concessoria.

Di conseguenza, l'intervento, nell'ambito di questo mercato, degli enti pubblici – e, in particolare, degli enti locali - è limitato, di regola, al solo piano autorizzatorio.

Il d.lgs. n. 387/03 ha attribuito alla Regione (o alla Provincia da essa delegata), la competenza al rilascio dell'autorizzazione unica per la costruzione e l'esercizio degli impianti energetici da fonti rinnovabili; detta autorizzazione costituisce, ove occorra, anche variante allo strumento urbanistico.

In tale ipotesi, il ruolo degli enti locali e, in particolare, dei Comuni nei cui territori sono siti gli impianti, si sostanzia, quindi, nella partecipazione degli stessi alla conferenza di servizi in sede regionale, ovvero, per gli impianti non soggetti ad autorizzazione unica, nella gestione diretta dei procedimenti autorizzatori semplificati. Viene, pertanto, in rilievo la questione del corretto esercizio delle competenze che la vigente normativa incardina in capo ai Comuni, in modo da non aggravare l'iter autorizzatorio e consentire la celere realizzazione delle iniziative proposte dai soggetti privati ed intraprese in un'ottica puramente imprenditoriale.

I Comuni non devono, cioè, frapporre ostacoli diretti o indiretti all'accesso al mercato: in particolare, stante il divieto di misure di compensazione di natura economica, non possono essere imposti corrispettivi o misure di compensazione di carattere patrimoniale quali condizioni per il rilascio di titoli abilitativi. Sono, al contrario, legittimi gli accordi che contemplano misure di compensazione e riequilibrio del pregiudizio subito dall'ambiente a causa dell'impatto del nuovo impianto, oggetto di autorizzazione, tra le quali si annovera, ad esempio, l'impegno assunto dall'operatore economico proponente ad una riduzione delle emissioni inquinanti (Corte Cost., sentenza n. 124 del 2010).

Diversa è l'ipotesi in cui gli enti locali assumono un ruolo più rilevante, ad esempio, perché concedenti del suolo pubblico su cui vengono realizzati gli impianti, acquirenti di forniture energetiche, autoproduttori ovvero produttori di energia destinata alla cessione sul mercato.

In tal caso, l'A.V.C.P. precisa che, pur non potendosi escludere a priori che l'attività di produzione di energia da fonti rinnovabili possa rientrare nell'ambito delle finalità istituzionali dell'ente, è necessaria un'attenta verifica di questo profilo, da condursi caso per caso, in relazione alle concrete modalità di realizzazione delle relative operazioni. È poi, in ogni caso, necessario qualificare dette operazioni alla luce del Codice dei contratti ed individuare, conseguentemente, le procedure competitive da porre in essere.

2) Relativamente, invece, alla realizzazione degli impianti sul demanio pubblico, l'Autorità rammenta che ai sensi dell'art. 12, comma 2, del d.lgs. 3 marzo 2011, n. 28, "i soggetti pubblici possono concedere a terzi superfici di proprietà per la realizzazione di impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, nel rispetto della disciplina di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163". L'estensione della disciplina del Codice alle procedure di affidamento di una superficie pubblica - che costituisce, al contrario, un contratto attivo (da cui deriva un'entrata finanziaria) - vale, ad assoggettare anche detta fattispecie ai principi comunitari di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e pubblicità sanciti dall'art. 2 del Codice stesso.

È, dunque, necessario che i diritti sul sito pubblico per la realizzazione di impianti per la produzione di FER siano concessi mediante l'espletamento di una gara pubblica, atta a garantire adeguate forme di pubblicità *ex ante*. Gli adempimenti pubblicitari da porre in essere devono essere idonei a veicolare l'informazione presso il mercato di riferimento (nazionale o comunitario), a seconda del valore economico effettivo dell'immobile, nonché commisurati all'occasione di guadagno in concreto offerta ai privati.

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

Un ulteriore profilo concerne poi il rapporto tra la concessione delle superfici di proprietà dell'ente locale e l'ottenimento dell'autorizzazione necessaria per la realizzazione dell'impianto: si pone il problema di evitare, da un lato, che l'acquisizione preventiva di un terreno diventi titolo preferenziale per il rilascio dell'autorizzazione a realizzare l'impianto e, dall'altro che, acquisita l'area oggetto di concessione, a ciò non segua una richiesta di autorizzazione alla realizzazione dell'impianto, ma si dia, piuttosto, inizio, mediante la sua cessione, ad un vero e proprio mercato dei siti idonei. Al fine di scongiurare tale rischio, è necessario adottare, in seno alle procedure di affidamento dell'area, alcuni accorgimenti volti a garantire che il bene oggetto di godimento non venga sviato dalla destinazione ad esso impressa, anche in funzione del raggiungimento di specifici obiettivi nazionali di politica energetica.

Al riguardo, è da escludere che la gara, bandita per l'aggiudicazione del diritto sull'area, possa riguardare anche il rilascio dell'autorizzazione alla costruzione dell'impianto, giacché si introdurrebbe un regime concessorio, laddove il legislatore ha optato per uno di tipo autorizzatorio; occorre, inoltre, tener conto dell'obbligo di dimostrare la disponibilità dell'area prima del rilascio dell'autorizzazione. Una possibile soluzione può consistere nel prevedere che la convenzione per lo sfruttamento dell'area pubblica si intenda automaticamente risolta qualora, allo spirare di un congruo termine, il privato non sia entrato in possesso dell'autorizzazione per la realizzazione dell'impianto.

3) La realizzazione degli impianti destinati a soddisfare il fabbisogno energetico degli enti pubblici costituisce un contratto passivo, soggetto alle regole dell'evidenza pubblica ed al rispetto delle disposizioni contenute nel Codice. La disciplina di riferimento è quella dei settori ordinari, di cui alla parte I e II del d.lgs.163/06 (titolo I e titolo II, a seconda che si tratti rispettivamente di contratti di rilevanza comunitaria o meno). La realizzazione dell'impianto è, in tal caso, esclusivamente finalizzata alla produzione per il fabbisogno dell'ente.

Alle operazioni volte alla realizzazione degli impianti, in caso siano previste prestazioni eterogenee (ad esempio, lavori di costruzione, fornitura di componenti tecniche, servizi di manutenzione e gestione, nonché servizi finanziari), deve applicarsi il regime normativo proprio della prestazione (funzionalmente e/o economicamente) prevalente secondo le regole stabilite dall'art. 14 del Codice dei contratti pubblici.

L'apprezzamento di questo particolare profilo deve essere effettuato caso per caso, attesa la mutevole incidenza quantitativa e funzionale che possono avere le diverse prestazioni richieste per la realizzazione degli impianti in questione. Tuttavia, in linea generale, si ritiene che il contratto per la realizzazione di impianti fotovoltaici, pur fortemente caratterizzato dall'assemblaggio di prodotti provenienti da una produzione industriale e destinati ad una specifica funzione, possa essere ascritto alla categoria dei lavori, secondo le indicazioni sul punto fornite dall'Autorità nell'atto di regolazione n. 5/01.

Una volta qualificato l'oggetto del contratto ai sensi del Codice, le diverse procedure di aggiudicazione ivi previste saranno applicabili in funzione della concreta strutturazione dell'operazione. Oltre alla fattispecie dell'appalto, possono trovare applicazione i contratti di partenariato pubblico privato (PPP), come definiti dall'art. 3, comma 15-ter del citato d.lgs. 163.

Si tratta di fattispecie eterogenee, che tuttavia presentano come caratteristica comune quella del trasferimento dei rischi all'operatore privato ovvero la sua responsabilizzazione rispetto a obiettivi di qualità e costo dell'opera o del servizio.

In sintesi, il trasferimento del rischio di progettazione e costruzione consiste nel fatto che l'operatore privato deve essere responsabile della qualità dell'opera secondo gli *standard* definiti dall'amministrazione, dei costi e dei tempi; il trasferimento del rischio di disponibilità consiste nel responsabilizzare l'operatore privato rispetto alla qualità e alla funzionalità dell'opera per l'erogazione del servizio pubblico dopo il collaudo; il trasferimento del rischio di domanda consiste nel responsabilizzare l'operatore privato rispetto alla qualità del servizio erogato attraverso l'opera realizzata, in modo tale da generare i sufficienti ricavi per la copertura dell'investimento e la soddisfazione dei cittadini.

Tra i contratti di PPP, risultano maggiormente adeguati per la realizzazione di impianti di energie rinnovabili la concessione di lavori pubblici ed il leasing finanziario.

Attraverso il contratto di concessione di costruzione e gestione, è possibile affidare a un soggetto privato (concessionario) il diritto di costruire e gestire un impianto di produzione di energia, e di percepire, così, i proventi derivanti dalla vendita dell'energia prodotta per un periodo di tempo predeterminato.

Il concessionario assume su di sé l'alea di gestione dell'impianto realizzato e lo gestisce sino alla scadenza del contratto, quando ritrasferisce l'impianto nella disponibilità dell'amministrazione concedente (fatta salva l'esistenza di eventuali oneri di smantellamento al termine della vita utile dell'impianto stesso). La concessione, può essere affidata sia mediante la procedura "tradizionale", ex art. 142 e ss. (con progetto preliminare a base di gara), sia mediante la procedura ex articolo 153 (con a base di gara lo studio di fattibilità) del Codice dei contratti.

Per la realizzazione di impianti fotovoltaici, è possibile altresì il ricorso, da parte delle stazioni appaltanti, all'utilizzo dello strumento della locazione finanziaria.

Si tratta, essenzialmente di un'ipotesi di leasing traslativo, nel quale la causa tipica del negozio è il finanziamento a scopo di trasferimento finale del bene ed il pagamento dei canoni copre una parte del prezzo di acquisto.

Nel leasing mobiliare, il contratto ha ad oggetto la fornitura dell'impianto fotovoltaico per la produzione di energia elettrica mediante locazione finanziaria; in quello immobiliare l'oggetto del contratto è, in genere, costituito dalla progettazione e dalla realizzazione di un impianto fotovoltaico per la produzione di energia elettrica. Occorre evidenziare che il leasing immobiliare è stato incluso nel genus dei contratti di partenariato, ex art. 3, comma 15-ter del Codice, e può consentire all'amministrazione di conseguire vari vantaggi connessi alla corretta allocazione di parte dei rischi, insiti nell'operazione economica, in capo ai soggetti privati coinvolti. L'appaltatore assicura, inoltre, a fronte dell'obbligazione del committente relativa al pagamento del canone di locazione a favore del primo – per tutta la durata della locazione – il godimento dell'impianto a vantaggio di quest'ultimo, quale unico beneficiario di tutti i proventi e frutti connessi alla realizzazione, gestione e sfruttamento del parco fotovoltaico.

Nel caso di leasing, per la realizzazione di impianti fotovoltaici troverà applicazione l'art. 160-bis del Codice, nonché tutte le altre disposizioni concernenti gli appalti di opere pubbliche o di pubblica utilità, con esso compatibili.

\* \_ \* \_\* \_\* \_\* \_\*

Nel restare a disposizione si porgono cordiali saluti.

Avv. Francesco Lilli  
(responsabile del servizio)

