

## Acqua - Articolo 117 del nuovo codice dei contratti pubblici

*di Francesco Caringella, Mariano Protto*

*Data di pubblicazione: 26-3-2019*

pillole di dottrina

**SOMMARIO:** I COSA CAMBIA: 1. La trasposizione delle norme comunitarie. II INDICAZIONI OPERATIVE: 1. Le regole del mercato dell'acqua. III QUESTIONI APERTE: 1. La strumentalità dell'appalto rispetto agli scopi del settore speciale dell'acqua.

### I COSA CAMBIA

#### 1. La trasposizione delle norme comunitarie.

Al pari degli artt. 115 e 116, anche l'art. 117 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 configura materiale trasposizione in ambito nazionale della disciplina dettata dall'art. 10 della Dir. 2014/25/UE del 26 febbraio 2014 e, nel contempo, ricalca in sostanza quella già contenuta nell'art. 209 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, confermando l'impostazione previgente che distingueva tra ciclo idrico connesso al servizio di acquedotto e ciclo idrico connesso al servizio di fognatura.

### II INDICAZIONI OPERATIVE

#### 1. Le regole del mercato dell'acqua.

La disciplina de qua, così come definita nel comma 1, interessa i contratti di appalto conclusi per l'esercizio delle attività di (i) messa a disposizione o gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile e di (ii) alimentazione di tali reti con acqua potabile.

Ai fini della configurabilità dell'attività sub i) è necessaria la presenza di una rete infrastrutturale fissa, stabilmente incorporata nel territorio, di cui l'ente aggiudicatore abbia concesso l'interconnessione o accesso a terzi (messa a disposizione) o, di contro, ne abbia mantenuto la disponibilità (gestione) ai fini dell'erogazione di un servizio al pubblico correlato con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile.

L'attività sub ii) di alimentazione con acqua potabile delle menzionate reti, quando esercitata da un ente aggiudicatore che non sia un'amministrazione aggiudicatrice, è ulteriormente circoscritta a mente del comma 3 al ricorrere delle seguenti condizioni:

1) la produzione di acqua potabile da parte dell'ente aggiudicatore avviene per un consumo funzionalmente destinato all'esercizio di un'attività non riconducibile ai settori speciali del gas e dell'energia termica, dell'elettricità, dell'acqua e dei trasporti;

2) l'alimentazione della rete pubblica dipende solo dal consumo proprio dell'ente aggiudicatore. Il consumo può intendersi "proprio" se contenuto nel 30 % della produzione totale di acqua potabile dell'ente stesso (considerando la media dell'ultimo triennio, compreso l'anno in corso).

Il comma 2 della disposizione in esame attrae nella disciplina dei settori speciali anche gli appalti o i concorsi di progettazione attribuiti od organizzati dagli enti aggiudicatori che esercitano un'attività di cui al comma 1, a condizione che abbiano ad oggetto:

1) i progetti di ingegneria idraulica, irrigazione o drenaggio, in cui il volume d'acqua destinato all'alimentazione con acqua potabile rappresenti più del 20% del volume totale d'acqua reso disponibile da tali progetti o impianti di irrigazione o di drenaggio;

2) lo smaltimento o il trattamento delle acque reflue.

Per espresso rinvio operato dal comma 1 all'art. 12 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, restano invece escluse dal campo di applicazione della disciplina sui settori speciali i contratti di concessione nel settore idrico relativi alle attività di cui ai commi 1 e 2 della norma in commento.

Concorrono, inoltre, a delimitare il perimetro applicativo della disposizione in esame, sia pure ab externo, anche gli artt. 8 e 11 del D.Lgs. n. 50/2016.

Il primo fissa le condizioni in presenza delle quali anche le attività relative all'acqua possono essere ritenute "direttamente esposte alla concorrenza su mercati liberamente accessibili", con la conseguenza che gli appalti e le concessioni ad esse strumentali "non sono soggetti al codice".

Il secondo esclude dall'ambito oggettivo di applicazione del D.Lgs. n. 50/2016 gli appalti per l'acquisto dell'acqua aggiudicati dagli enti aggiudicatori che esercitano una o entrambe le attività menzionate al comma 1 della disposizione in esame. Tale previsione muove dalla constatazione, evidenziata nell'ultimo capoverso del considerando n. 24 della Dir. 2014/25/UE, che "le regole sugli appalti come quelle proposte per le forniture di prodotti sono inadeguate per gli acquisti d'acqua, data la necessità di approvvigionarsi presso fonti vicine al luogo di utilizzazione. "

Inoltre, sono esclusi dall'applicazione del D.Lgs. n. 50/2016 gli appalti aggiudicati dagli enti aggiudicatori del settore speciale in esame aventi ad oggetto l'acquisto di acqua, ai sensi dell'art. 11 del medesimo Decreto Legislativo.

## III QUESTIONI APERTE

### 1. La strumentalità dell'appalto rispetto agli scopi del settore speciale dell'acqua.

Anche per quanto attiene al settore dell'acqua, analogicamente a quanto avviene per i settori speciali del gas e dell'energia termica e dell'elettricità, affinché l'affidamento di un contratto pubblico sia assoggettabile alla disciplina dei settori speciali occorre che l'oggetto del contratto sia direttamente riferibile, e quindi funzionale, al settore speciale di riferimento e che l'analisi della sussistenza o meno del vincolo di strumentalità sia svolta in concreto, caso per caso.

L'art. 14 del D.Lgs. n. 50/2016 stabilisce, infatti, che "le disposizioni del presente codice non si applicano agli appalti aggiudicati dagli enti aggiudicatori per scopi diversi dal perseguimento delle attività di cui agli articoli da 115 a 121".

La giurisprudenza ha così negato l'esistenza -sotto il profilo oggettivo - di un nesso di strumentalità rispetto all'affidamento di un servizio di revisione legale dei conti (Tar Lazio, Roma, sez. III- ter, 29 aprile 2016, n. 4908) ovvero all'affidamento di un servizio di pulizia, poiché relativo agli edifici sede di una società e non già alle reti utilizzate per l'esercizio dell'attività dalla stessa società svolta (Cons. St., sez. VI, 13 maggio 2011, n. 2919).

Sempre sotto il profilo oggettivo, "il servizio sostitutivo di mensa per il personale di Acque Spa, non sembrerebbe strumentale e/o funzionale all'attività speciale descritta nell'art. 209 che consiste nella messa a disposizione o gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile, e nell'alimentazione di tali reti con acqua potabile. Sul punto è sufficiente richiamare la recente Delibera della Autorità nr.

101/2012, ove si afferma che il servizio sostitutivo della ristorazione aziendale mediante erogazione di buoni pasto per i dipendenti del gruppo FNM non rientra tra gli appalti riconducibili ai settori speciali" (Autorità Nazionale Anticorruzione, deliberazione del 27 marzo 2013, n. 11).