

Servizio idrico integrato, *green economy* e appalti pubblici

(Rosanna De Nictolis)

(* *Intervento al convegno “Servizi idrici e green economy: opportunità e difficoltà nella governance del sistema idrico in Italia” – Roma, 18 luglio 2016*)

1

Sommario: 1. Appalti pubblici come strumento delle politiche pubbliche: sviluppo sostenibile e tutela ambientale – 2. La *governance* del servizio idrico è fuori dal codice dei contratti pubblici - 3. Il servizio idrico ricade nei c.d. settori speciali - 4. Le disposizioni “verdi” nel codice dei contratti pubblici quadro di insieme - 5. La qualificazione delle stazioni appaltanti - 6. Il dibattito pubblico – 7. La progettazione - 8. I criteri ambientali minimi - 9. I requisiti generali e di qualificazione degli operatori economici - 10. I requisiti dell’offerta: le specifiche tecniche e le etichettature - 11. I criteri di valutazione dell’offerta – 12. Le condizioni di esecuzione degli appalti – 13. Le garanzie dell’offerta e dell’esecuzione: gli incentivi “verdi” – 14. Conclusioni

1. Appalti pubblici come strumento delle politiche pubbliche: sviluppo sostenibile e tutela ambientale

Dal 19 aprile 2016 è in vigore il nuovo codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 50/2016, varato in attuazione di una articolata e innovativa legge delega, n. 11/2016, anche, ma non solo, al fine del recepimento delle tre nuove direttive comunitarie, 23, 24 e 25 del 2014, in tema di appalti nei settori ordinari, nei settori speciali, e di concessioni di lavori e servizi.

Gli appalti e le concessioni pubblici, che costituiscono una percentuale significativa del PIL, sono una materia “trasversale” e “strumentale”, ossia un mezzo per conseguire finalità di interesse pubblico e generale nei più svariati settori di intervento della pubblica amministrazione.

Come tali sono considerati una “procedura” e non una “materia”, e non sono neppure espressamente menzionati nell’art. 117 Cost. tra le materie di competenza legislativa statale o regionale.

Ma l’importanza economica degli appalti e concessioni pubblici ha indotto la stessa Unione Europea ad un “approccio integrato” nella relativa disciplina: non più riguardata solo sotto il profilo della concorrenza nel mercato e per il mercato, e dunque della trasparenza delle relative procedure, ma anche come strumento delle politiche pubbliche. Le ingenti risorse che vengono movimentate attraverso le commesse pubbliche, possono essere orientate attraverso scelte di politica economica e sociale.

Tra gli scopi dichiarati delle tre nuove direttive su appalti e concessioni, le 23, 24 e 25 del 2015, rientra anche quello di fare un uso strategico degli appalti pubblici, promuovendo l’innovazione tecnologica, **la crescita sostenibile, la tutela ambientale**, obiettivi sociali, quali la tutela dei lavoratori impiegati nell’esecuzione dei contratti pubblici e l’impiego nel lavoro dei soggetti svantaggiati.

Si è fatta da tempo strada nel diritto comunitario l’idea degli appalti verdi, o, meglio, degli appalti inseriti nell’ambito della *green economy* come strumento di politica ambientale.

Questa idea è stata preparata da alcuni noti precedenti della C. giust. UE: si ricorda il caso *Concordia Bus Finland* deciso nel 2002 [C. giust. CE 17.9.2002 C-513/99], in cui la Corte ha ritenuto legittimo prevedere,

nell'affidamento di un servizio di trasporto urbano, criteri premiali di tipo ambientale, legati, nel caso, alle emissioni inquinanti dei veicoli [successivamente, v. C. giust. CE 4.12.2003 C-448/01, *EVN AG e altri*].

L'inserimento del fattore ambientale nelle commesse pubbliche era ad uno stadio di sviluppo embrionale nelle precedenti direttive sui pubblici appalti, e trova ora una particolare enfasi nelle tre nuove direttive, che sono stata alla base della legge delega e del nuovo codice dei contratti pubblici.

Nel periodo intercorso tra le direttive del 2004 e quelle del 2014 si è inserito un altro importante precedente della C. giust. UE, 10.5.2012 C-368/10, *Commissione c. Paesi Bassi*, in cui la Corte affronta, in relazione ad un'unica fattispecie, il tema delle ecoetichettature (che non possono avere natura escludente, dovendosi consentire prodotti equivalenti), e dei parametri ambientali nell'ambito dei criteri di aggiudicazione e delle condizioni di esecuzione del contratto.

Senza scendere in uno sterile elenco di articoli e commi, si può però in sintesi dire che l'ambiente è il **convitato di pietra** con cui gli appalti pubblici devono misurarsi in tutte le fasi attraverso cui si articolano.

A cominciare dal rilievo che la **normativa ambientale vigente costituisce un contesto e un presupposto** imprescindibile per ogni procedura di acquisizione di lavori, beni, servizi.

Basti leggere il considerando n. 41 della direttiva 24 (settori ordinari)

“Nessuna disposizione della presente direttiva dovrebbe vietare di imporre o di applicare misure necessarie alla tutela dell'ordine, della moralità e della sicurezza pubblici, della salute, della vita umana e animale o alla preservazione dei vegetali o altre misure ambientali in particolare

nell'ottica dello sviluppo sostenibile, a condizione che dette misure siano conformi al TFUE.”.

E ancora, il considerando 47

“La ricerca e l'innovazione, comprese l'ecoinnovazione e l'innovazione sociale, sono uno dei principali motori della crescita futura e sono state poste al centro della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva. Le autorità pubbliche dovrebbero utilizzare gli appalti pubblici strategicamente nel miglior modo possibile per stimolare l'innovazione. L'acquisto di prodotti, lavori e servizi innovativi svolge un ruolo fondamentale per migliorare l'efficienza e la qualità dei servizi pubblici e nello stesso tempo affrontare le principali sfide a valenza sociale. Ciò contribuisce a ottenere un rapporto più vantaggioso qualità/prezzo nonché maggiori benefici economici, ambientali e per la società attraverso la generazione di nuove idee e la loro traduzione in prodotti e servizi innovativi, promuovendo in tal modo una crescita economica sostenibile.”

E a sua volta la legge delega (n. 11/2016), sin dai primi principi direttivi, alla lett. b), esige che il codice appalti si inserisca armonicamente tra l'altro, nella vigente normativa ambientale (v. artt. 1 lett. b), l. n. 11/2016 che pone tra i primi principi di delega quello del “*coordinamento con le disposizioni in materia di protezione e tutela ambientale e paesaggistica, di valutazione degli impatti ambientali*”).

A sua volta il codice nell'enunciare i principi per l'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici, afferma che “Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del

patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico” (art. 30, c. 1, codice).

L’esigenza di protezione ambientale condiziona la progettazione, la elaborazione del bando di gara, la fissazione dei requisiti di partecipazione dei concorrenti e dei requisiti delle prestazioni richieste, fino ai criteri di selezione delle offerte e alle condizioni di esecuzione dell’appalto e dei subappalti.

Si assiste, dunque, ad una “**rivoluzione verde**” per operatori, prestazioni dell’appalto, condizioni di esecuzione.

E’ utile richiamare l’attenzione su alcune affermazioni contenute nelle direttive, sin dal loro preambolo, in particolare i considerando 37 e 40 della direttiva 24

“*CONSIDERANDO*

37

In vista di un’adeguata integrazione dei requisiti in materia ambientale, sociale e di lavoro nelle procedure di appalto pubblico, è particolarmente importante che gli Stati membri e le amministrazioni aggiudicatrici adottino misure pertinenti per garantire il rispetto degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro che si applicano nel luogo in cui i lavori sono eseguiti o i servizi forniti e derivanti da leggi, regolamenti, decreti e decisioni, adottati sia a livello nazionale che dell’Unione, e da contratti collettivi purché tali norme, nonché la loro applicazione, siano conformi al diritto dell’Unione.

40

La vigilanza sull’osservanza delle disposizioni in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro dovrebbe essere svolta nelle fasi pertinenti

della procedura di appalto, nell'applicare i principi generali che disciplinano la selezione dei partecipanti e l'aggiudicazione dei contratti, nell'applicare i criteri di esclusione e nell'applicare le disposizioni riguardanti le offerte anormalmente basse. La necessaria verifica a tal fine dovrebbe essere effettuata conformemente alle pertinenti disposizioni della presente direttiva, in particolare quelle relative ai mezzi di prova e alle autodichiarazioni.”

2. La governance del servizio idrico è fuori dal codice dei contratti pubblici

Illustrerò di seguito come il legislatore italiano ha declinato i principi comunitari sugli appalti verdi nel nuovo codice.

Prima, però, va fatta una ulteriore considerazione di fondo, afferente alla “governance” e ai profili organizzativi del servizio idrico integrato.

Una novità delle nuove direttive è la introduzione, per la prima volta, di una disciplina sistematica delle concessioni di servizi pubblici.

Ciò nonostante, le direttive escludono espressamente dal proprio ambito proprio le concessioni del servizio idrico.

Non solo: il settore dell'acqua resta fuori dai settori ordinari (c'è una esclusione espressa). Rimane pertanto nei settori speciali, come già nel codice appalti del 2006.

E le direttive chiariscono anche di non prendere posizione sui modelli organizzativi del servizio idrico, considerati rimessi alle scelte politiche degli Stati membri, attesa, affermano le direttive, *“l'importanza dell'acqua quale bene pubblico di valore fondamentale per tutti i cittadini dell'Unione”*.

Significativi il considerando 30 della direttiva 23 sulle concessioni e il considerando 7 della direttiva 25 sui settori speciali.

Considerando 30, direttiva 23

“Le concessioni nel settore idrico sono spesso soggette a regimi specifici e complessi che richiedono una particolare considerazione data l’importanza dell’acqua quale bene pubblico di valore fondamentale per tutti i cittadini dell’Unione. Le caratteristiche particolari di tali regimi giustificano le esclusioni nel settore idrico dall’ambito di applicazione della presente direttiva. L’esclusione riguarda le concessioni di lavori e di servizi per la messa a disposizione o la 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 o l’alimentazione di tali reti con acqua potabile. Anche le concessioni per lo smaltimento o il trattamento delle acque reflue e per progetti di ingegneria idraulica, irrigazione o drenaggio (in cui il volume d’acqua destinato all’approvvigionamento d’acqua potabile rappresenti più del 20 % del volume totale d’acqua reso disponibile da tali progetti o impianti di irrigazione o drenaggio) dovrebbero essere escluse nella misura in cui siano collegate a una attività esclusa”.

Considerando 7 della direttiva 25

“È opportuno rammentare che nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva. La prestazione di servizi sulla base di disposizioni legislative, regolamentari o contratti di lavoro dovrebbe esulare dall’ambito di applicazione della presente direttiva. In alcuni Stati membri ciò potrebbe verificarsi, ad

esempio, per la fornitura di certi servizi alla collettività, come l'alimentazione con acqua potabile".

Come per il passato, pertanto, il settore idrico rientra nei c.d. settori speciali, con una disciplina degli appalti pubblici degli enti aggiudicatori/concessionari e gestori del servizio idrico, per certi versi più elastica e flessibile della disciplina dei settori ordinari.

Va per completezza ricordato che la legge delega n. 11/2016 conteneva un puntuale criterio sulle concessioni del servizio idrico, alla lett. hhh), così formulato:

“hhh) disciplina organica della materia dei contratti di concessione mediante l'armonizzazione e la semplificazione delle disposizioni vigenti, nonché la previsione di criteri per le concessioni indicate nella sezione II del capo I del titolo I della direttiva 2014/23/UE, nel rispetto dell'esito del referendum abrogativo del 12-13 giugno 2011 per le concessioni nel settore idrico”.

Tuttavia tale criterio non ha ricevuto alcuna attuazione dal codice, che si è limitato, nell'art. 12, a recepire l'esclusione, dal suo ambito di applicazione, delle concessioni del servizio idrico¹.

¹ Art. 12, d.lgs. n. 50/2016 Esclusioni specifiche per le concessioni nel settore idrico

1. Le disposizioni del presente codice non si applicano alle concessioni aggiudicate per:
 - a) fornire o gestire reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile;
 - b) alimentare tali reti con acqua potabile.
2. Le disposizioni del presente codice non si applicano alle concessioni riguardanti uno o entrambi dei seguenti aspetti quando sono collegate a un'attività di cui al comma 1:
 - a) progetti di ingegneria idraulica, irrigazione, drenaggio, in cui il volume d'acqua destinato all'approvvigionamento d'acqua potabile rappresenti più del 20 per cento del volume totale d'acqua reso disponibile da tali progetti o impianti di irrigazione o drenaggio;
 - b) smaltimento o trattamento delle acque reflue.

Il parere del Consiglio di Stato sullo schema di codice appalti ha messo in evidenza i profili di mancata attuazione della legge delega, tra cui quello inerente il principio di delega sulle concessioni del servizio idrico, osservando che non si profila una illegittimità costituzionale in senso tecnico (che si ha invece in caso di violazione della legge delega), ma un problema di scelta politica del Governo e di sua responsabilità politica nei confronti del Parlamento. Va solo rilevato, sul piano tecnico, che il mancato esercizio di una parte della delega, nei termini assegnati, non è rimediabile *ex post* in sede di adozione di decreti correttivi del codice, ammissibili solo per emendare disposizioni relative a parti di delega attuate, non per un esercizio postumo di una delega scaduta.

Nel caso specifico, vi è stata una scelta evidentemente politica di non intervenire sul tema dell'affidamento delle concessioni nel settore idrico.

L'essere le concessioni del servizio idrico fuori dal codice appalti non esonera, tuttavia, nei relativi affidamenti, dall'osservanza dei “*principi relativi ai contratti esclusi*”, declinati nell'art. 4, d.lgs. n. 50/2016: “*1. L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica*”. Tra i principi, come si vede, sono espressamente annoverati quelli di tutela dell'ambiente ed efficienza energetica.

Oltre alle concessioni del servizio idrico, restano fuori dal codice appalti tutti gli altri “grandi temi” relativi al SII, ossia tutti i profili inerenti competenze, ambiti e formule organizzative, principi e obiettivi, che trovano la loro sede nel t.u. dell’ambiente n. 152/2006, e nel collegato ambiente di dicembre 2015; vale a dire:

- il riparto delle competenze statali, regionali e comunali in materia (art. 142, d.lgs. n. 152/2006),
- la proprietà pubblica delle acque, in regime di demanio (art. 144, d.lgs. n. 152/2006),
- la natura demaniale delle relative infrastrutture pubbliche (art. 143, d.lgs. n. 152/2006: gli acquedotti, le fognature, gli impianti di depurazione e le altre infrastrutture idriche di proprietà pubblica, fino al punto di consegna e/o misurazione, fanno parte del demanio),
- il principio dell’equilibrio del “bilancio idrico” (art. 145, d.lgs. n. 152/2006);
- gli obiettivi di risparmio delle risorse idriche imposti alle Regioni (art. 146, d.lgs. n. 152/2006);
- gli ambiti territoriali ottimali del SII e gli enti di governo dell’ambito (art. 147, d.lgs. n. 152/2006, su cui v. Corte cost., 12.3.2015 n. 32 e Corte cost., 10.3.2016 n. 51);
- il piano d’ambito (art. 149, d.lgs. n. 152/2006);
- i modelli di affidamento del servizio (art. 149-*bis*, d.lgs. n. 152/2006);

- le convenzioni tipo che regolano i rapporti tra l'ente di governo dell'ambito e i soggetti gestori del SII (art. 151, d.lgs. n. 152/2005)²;
- l'accesso universale all'acqua, le tariffe, la tariffa sociale, le misure di contenimento della morosità degli utenti del SII (v. anche artt. 60 e 61, l. n. 221/2015);
- gli investimenti sulle infrastrutture e le relative fonti di finanziamento (l. n. 221/2015).

E' bene anche ricordare che né le direttive, né il codice appalti, prendono posizione su altri "grandi temi" che impattano sul tema dell'organizzazione

² Gli artt. 141 e ss., d.lgs. n. 152/2006, recano la "la disciplina della gestione delle risorse idriche e del servizio idrico integrato per i profili che concernono la tutela dell'ambiente e della concorrenza e la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni del servizio idrico integrato e delle relative funzioni fondamentali di comuni, province e città metropolitane.

2. Il servizio idrico integrato è costituito dall'insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili di fognatura e di depurazione delle acque reflue, e deve essere gestito secondo principi di efficienza, efficacia ed economicità, nel rispetto delle norme nazionali e comunitarie. Le presenti disposizioni si applicano anche agli usi industriali delle acque gestite nell'ambito del servizio idrico integrato."

L'art. 142, comma 3, dispone che "Gli enti locali, attraverso l'ente di governo dell'ambito (522) di cui all'articolo 148, comma 1, svolgono le funzioni di organizzazione del servizio idrico integrato, di scelta della forma di gestione, di determinazione e modulazione delle tariffe all'utenza, di affidamento della gestione e relativo controllo, secondo le disposizioni della parte terza del presente decreto".

L'art. 145 dispone "(Equilibrio del bilancio idrico)

1. L'Autorità di bacino competente definisce ed aggiorna periodicamente il bilancio idrico diretto ad assicurare l'equilibrio fra le disponibilità di risorse reperibili o attivabili nell'area di riferimento ed i fabbisogni per i diversi usi, nel rispetto dei criteri e degli obiettivi di cui all'articolo 144.

2. Per assicurare l'equilibrio tra risorse e fabbisogni, l'Autorità di bacino competente adotta, per quanto di competenza, le misure per la pianificazione dell'economia idrica in funzione degli usi cui sono destinate le risorse.

3. Nei bacini idrografici caratterizzati da consistenti prelievi o da trasferimenti, sia a valle che oltre la linea di displuvio, le derivazioni sono regolate in modo da garantire il livello di deflusso necessario alla vita negli alvei sottesi e tale da non danneggiare gli equilibri degli ecosistemi interessati.

del servizio idrico, vale a dire le condizioni e i limiti delle società *in house*, ove concessionarie del servizio.

Il diritto comunitario degli appalti si limita a indicare a che condizioni una società può considerarsi *in house* al fine della legittimità di affidamenti diretti ad essa, ma non incide sulla scelta politica degli Stati membri di consentire o meno il ricorso a società *in house*.

Giova ricordare che la società *in house* è un istituto nato nel diritto europeo con la finalità di limitare le ipotesi in cui si può derogare alle regole della “concorrenza per il mercato” mediante il ricorso a forme di affidamenti diretti di compiti relativi alla realizzazione di opere pubbliche o alla gestione di servizi pubblici [C. giust. CE, 1811.1999 C-107/98, *Teckal*].

La giurisprudenza europea ha indicato, quali requisiti necessari ai fini della configurazione dell'*in house*:

- i) la partecipazione interamente pubblica;
- ii) l'esercizio da parte dell'amministrazione di un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;
- iii) lo svolgimento dell'attività prevalentemente a favore dell'amministrazione controllante.

Le direttive del 2014, sopra menzionate, hanno, in parte, modificato i tratti distintivi dell'*in house*:

- i) ammettendo, eccezionalmente, «*forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, purché prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata*»;
- ii) indicando in modo puntuale nel limite superiore all'80% l'entità dell'attività che deve essere svolta a favore dell'amministrazione pubblica.

Fermo restando che non spetta al codice dei contratti pubblici stabilire se e in che limiti è possibile l'affidamento del servizio idrico a una società *in house*, la relativa disciplina ha però alcuni effetti sul servizio idrico.

Un rilievo diretto per il settore del servizio idrico si rinviene nel codice dei contratti pubblici quanto agli eventuali affidamenti a società *in house* da parte di enti aggiudicatori operanti nel settore dell'acqua. Si applicano in tal caso sia i requisiti sugli enti *in house* (art. 5), sia l'art. 192, che istituisce presso l'ANAC un registro delle società *in house* delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori.

Se l'appalto ha per oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di libera concorrenza, al fine dell'affidamento a società *in house* occorre una preventiva “valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche “ (art. 192 c. 2)³.

³ Art. 192, d.lgs. n. 50/2016 Regime speciale degli affidamenti *in house*
In vigore dal 19 aprile 2016

1. E' istituito presso l'ANAC, anche al fine di garantire adeguati livelli di pubblicità e trasparenza nei contratti pubblici, l'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* di cui all'articolo 5. L'iscrizione nell'elenco avviene a domanda, dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei requisiti, secondo le modalità e i criteri che l'Autorità definisce con proprio atto. La domanda di iscrizione consente alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori sotto la propria responsabilità, di effettuare affidamenti diretti dei contratti all'ente strumentale. Resta fermo l'obbligo di pubblicazione degli atti connessi all'affidamento diretto medesimo secondo quanto previsto al comma 3.

Vi è poi un riflesso indiretto della disciplina dell'*in house* dettata dal codice dei contratti, sul SII. Invero, le forme di affidamento del SII restano disciplinate dall'art. 149-*bis*, t.u. in materia ambientale n. 152/2006. Ma l'art. 149-*bis* fa un rinvio, da intendere come “dinamico” al modello di *in house* previsto dal diritto comunitario, e ora puntualmente descritto nell'art. 5, codice dei contratti pubblici⁴.

2. Ai fini dell'affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche.

3. Sul profilo del committente nella sezione Amministrazione trasparente sono pubblicati e aggiornati, in conformità, alle, disposizioni di cui al *decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33*, in formato open-data, tutti gli atti connessi all'affidamento degli appalti pubblici e dei contratti di concessione tra enti nell'ambito del settore pubblico, ove non secretati ai sensi dell'articolo 162.

⁴ Art. 149-*bis*, d.lgs. n. 152/2006 (Affidamento del servizio)

1. L'ente di governo dell'ambito, nel rispetto del piano d'ambito di cui all'articolo 149 e del principio di unicità della gestione per ciascun ambito territoriale ottimale, delibera la forma di gestione fra quelle previste dall'ordinamento europeo provvedendo, conseguentemente, all'affidamento del servizio nel rispetto della normativa nazionale in materia di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica. L'affidamento diretto può avvenire a favore di società interamente pubbliche, in possesso dei requisiti prescritti dall'ordinamento europeo per la gestione *in house*, comunque partecipate dagli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale.

2. Alla successiva scadenza della gestione di ambito, al fine di assicurare l'efficienza, l'efficacia e la continuità del servizio idrico integrato, l'ente di governo dell'ambito dispone l'affidamento al gestore unico di ambito entro i sei mesi antecedenti la data di scadenza dell'affidamento previgente. Il soggetto affidatario gestisce il servizio idrico integrato su tutto il territorio degli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale.

2-*bis*. Al fine di ottenere un'offerta più conveniente e completa e di evitare contenziosi tra i soggetti interessati, le procedure di gara per l'affidamento del servizio includono appositi capitolati con la puntuale indicazione delle opere che il gestore incaricato deve realizzare durante la gestione del servizio.

2-*ter*. L'ultimo periodo del comma 1 dell'articolo 4 del decreto legislativo 11 maggio 1999, n. 141, come sostituito dal comma 4 dell'articolo 25 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, è soppresso.

Una recente pronuncia della Corte dei conti, resa dopo l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, ha ritenuto che in tema di *in house* nel settore dei servizi idrici prevale la disciplina speciale del vigente art. 149-*bis*, d.lgs. n. 152/2006, per cui l'affidamento *in house* può intervenire solo a favore di società "interamente pubbliche" [C. conti Campania sez. contr. delibera, 29.4.2016, n. 108], nonostante che le direttive comunitarie e l'art. 5, codice n. 50/2016, sembrano consentire una partecipazione di capitale privato alle società *in house*.

Tale soluzione esegetica può essere condivisa perché secondo l'art. 5, c. 1, lett. c), d.lgs. n. 50/2016, la partecipazione di capitali privati, ai fini dell'*in house*, è ammessa solo in presenza di norma di legge che rendano la partecipazione di tali capitali come necessaria, e comunque in conformità ai trattati. Invece l'art. 149-*bis*, da ritenere norma speciale, impone il capitale interamente pubblico.

Per altri profili, deve invece ritenersi che l'art. 149-*bis* abbia operato un rinvio dinamico alla disciplina comunitaria (ora recepita nell'art. 5, codice n. 50/2016): in particolare quanto al controllo analogo "congiunto" in presenza di una pluralità di soci pubblici (si pensi al servizio idrico affidato a una società *in house* partecipata da una pluralità di enti locali), e all'attività della società "prevalentemente dedicata".

Va ricordato che è in corso di emanazione un testo unico sulle società a partecipazione pubblica, ivi comprese le società *in house*. Vi è in tale t.u. una clausola di esclusione e salvezza delle speciali disposizioni, contenute in leggi, regolamenti governativi o ministeriali, che disciplinino società a

partecipazione pubblica di diritto singolare costituite per l'esercizio della gestione di servizi di interesse generale o di interesse economico generale, o per il perseguimento di una specifica missione di pubblico interesse (art. 1 dello schema). Tale previsione è stata peraltro censurata dal parere del Consiglio di Stato sullo schema, per la sua genericità.

E' appena il caso di ricordare che il servizio idrico integrato non ricade neppure nell'ambito di applicazione dell'emanando nuovo testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale, fatte salve le disposizioni sull'affidamento dei servizi, dettate dal t.u. che integrano e prevalgono sulle normative di settore. Disposizioni "sull'affidamento dei servizi" che peraltro lo schema di decreto sui spl non individua puntualmente, come rilevato dal parere del Consiglio di Stato reso su tale schema.

3. Il servizio idrico ricade nei c.d. settori speciali

Appurato, dunque, che il modello organizzativo del servizio idrico integrato resta fuori dal codice appalti, così come resta fuori dal codice appalti l'affidamento di concessioni nel settore idrico, va aggiunto che il settore acqua ricade nei c.d. settori speciali come già nel codice del 2006.

Ora, l'art. 117 riguarda specificamente "l'acqua", con una formulazione che ricalca la previgente (art. 209, d.lgs. n. 163/2006), ma che chiarisce che l'ambito di applicazione sono gli appalti "a valle" degli enti aggiudicatori, e non le "concessioni a monte" con cui il servizio idrico venga affidato agli enti aggiudicatori.

“1. Ferme restando le esclusioni specifiche relative alle concessioni previste all'articolo 12, per quanto riguarda l'acqua, il presente capo si applica alle seguenti attività:

a) la messa a disposizione o la 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;

b) l'alimentazione di tali reti con acqua potabile,

2. Il presente capo si applica anche agli appalti o ai concorsi di progettazione attribuiti od organizzati dagli enti aggiudicatori che esercitano un'attività di cui al comma 1 e che riguardino una delle seguenti attività:

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

b) smaltimento o trattamento delle acque reflue.

3. L'alimentazione con acqua potabile di reti fisse che forniscono un servizio al pubblico da parte di un ente aggiudicatore che non è un'amministrazione aggiudicatrice non è considerata un'attività di cui al comma 1 se ricorrono tutte le seguenti condizioni:

a) la produzione di acqua potabile da parte di tale ente aggiudicatore avviene perché il suo consumo è necessario all'esercizio di un'attività non prevista dagli articoli da 115 a 118;

b) l'alimentazione della rete pubblica dipende solo dal consumo proprio di tale ente aggiudicatore e non supera il 30 per cento della produzione

totale di acqua potabile di tale ente, considerando la media dell'ultimo triennio, compreso l'anno in corso”.

Sono poi del tutto esclusi dall’ambito di applicazione del codice, *ex art.* 11 (e già in tal senso disponeva il codice del 2006), gli appalti per l'acquisto di acqua, se aggiudicati da enti aggiudicatori che esercitano una o entrambe le attività relative all'acqua potabile di cui all'art. 117, c. 1. Tanto, nell’evidente considerazione del carattere fortemente territoriale della prestazione.

Come già il codice del 2006, anche quello del 2016, detta una disciplina di base per i settori ordinari, e procede alla disciplina dei settori speciali mediante una duplice tecnica, da un lato di rinvio puntuale a talune delle disposizioni dettate per i settori ordinari, dall’altro lato mediante la individuazione della disciplina specifica del settore.

Peraltro, tutte le disposizioni dettate per i settori ordinari, che nel loro insieme costituiscono il quadro regolatorio degli “appalti verdi”, sono, attraverso svariati e puntuali rinvii, applicabili ai settori speciali, e dunque al settore idrico.

4. Le disposizioni “verdi” nel codice dei contratti pubblici quadro di insieme

Il nuovo codice contiene un complesso di disposizioni “verdi” che, adeguatamente impiegate nel settore del servizio idrico integrato, possono dare un forte contributo all’applicazione in tale settore dei principi dello sviluppo sostenibile e della *green economy*, con un uso accorto della risorsa idrica finalizzato alla riduzione degli sprechi, al riciclo, alla possibilità di impieghi plurimi concorrenti della medesima risorsa.

Illustrerò brevemente i seguenti temi:

- la qualificazione delle stazioni appaltanti;
- il dibattito pubblico;
- la progettazione;
- i criteri ambientali minimi (c.d. CAM) (art. 34, richiamati per i settori speciali dall'art. 114);
- i requisiti generali e qualificazione degli operatori economici;
- le specifiche tecniche e le etichettature (artt. 68 e 69, richiamati, per i settori speciali, dall'art. 122);
- le certificazioni di qualità, il criterio di aggiudicazione dell'OEPV e il ciclo di vita (artt. 87, 95, 96, richiamati, per i settori speciali, dall'art. 133);
- le condizioni di esecuzione degli appalti (art. 100, richiamato, per i settori speciali, dall'art. 114);
- le garanzie dell'offerta e dell'esecuzione (artt. 93 e 103 codice).

(Come riferimenti nella direttiva 24 v. i considerando 88, 91, 92, 93, 96, 97, 101, 105, 123, e gli artt. 18, 42, 43, 62, 67, 68, 70).

5. La qualificazione delle stazioni appaltanti

Una delle più significative novità della legge delega e del codice appalti, novità autonoma perché non prescritta dalle direttive comunitarie, è quella della qualificazione delle stazioni appaltanti.

Non solo gli operatori economici devono soddisfare requisiti qualitativi.

Le stesse amministrazioni, per poter operare come stazioni appaltanti, dovranno dimostrare di disporre di organizzazione, competenze, esperienze, professionalità adeguate.

Tale previsione, recata dall'art. 38, si applica anche per gli enti aggiudicatori dei settori speciali, ivi compresi quelli del settore dell'acqua, con la espressa esclusione dei soli enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici (le imprese pubbliche, i soggetti che operano in virtù di diritti speciali o di esclusiva).

Il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti sarà attuato e gestito dall'ANAC, e la qualificazione avrà ad oggetto il complesso delle attività che caratterizzano il processo di acquisizione di un bene, servizio o lavoro in relazione ai seguenti ambiti:

- a) capacità di programmazione e progettazione;
- b) capacità di affidamento;
- c) capacità di verifica sull'esecuzione e controllo dell'intera procedura, ivi incluso il collaudo e la messa in opera (art. 38, c. 3).

Preme evidenziare che accanto ai “requisiti di base” saranno previsti “requisiti premianti”, tra i quali l'applicazione di criteri di **sostenibilità ambientale** nell'attività di progettazione e affidamento.

6. Il dibattito pubblico

Il dibattito pubblico, introdotto per la prima volta a livello nazionale dal nuovo codice dei contratti pubblici, si applicherà, sul piano soggettivo, anche agli enti aggiudicatori dei settori speciali.

Avrà ad oggetto i progetti di fattibilità relativi alle grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulle città e sull'assetto del territorio. Il tema del dibattito pubblico potrà acquisire rilevanza nel settore del SII per casi di grandi opere

di ingegneria idraulica, quali ad esempio dighe, che possano avere un impatto significativo sull'ambiente.

7. La progettazione

Il nodo degli investimenti in opere infrastrutturali nel servizio idrico integrato esula, ovviamente, dal tema, come detto strumentale, degli appalti pubblici (v. anche art. 50, l. n. 221/2015, relativo al fondo di garanzia delle opere idriche, istituito presso CDDPP).

Tuttavia, lo strumento degli appalti pubblici torna, ancora una volta, di ausilio nel processo di accompagnamento delle corrette scelte di investimento e progettuali, sotto un duplice profilo.

Da un lato, il codice dà ampio spazio e rilevanza al tema della progettazione, con un complesso di norme, afferenti i livelli della progettazione, la verifica dei progetti, la valorizzazione delle procedure di evidenza pubblica per la scelta dei progettisti, i concorsi di progettazione per consentire l'acquisizione di soluzioni innovative, la preferenza per il criterio di scelta dell'OEPV, nel cui ambito ancora una volta potranno valorizzarsi soluzioni innovative e criteri ambientali.

Dall'altro lato, il codice prevede procedure di scelta del contraente di tipo dinamico, volte ad attivare un dialogo con i concorrenti al fine della individuazione e messa a punto di soluzioni innovative. Oltre al dialogo competitivo, già previsto dal codice del 2006, e di cui si ampliano i presupposti applicativi, si introduce il partenariato per l'innovazione.

Tale strumentario, correttamente utilizzato, potrà supportare gli investimenti nel settore idrico, per la individuazione di progetti innovativi

che possano consentire il risparmio e l'uso condiviso della risorsa idrica, con tutte le potenzialità che le moderne tecnologie consentono.

8. I criteri ambientali minimi

L'obbligo di osservanza dei criteri ambientali minimi (CAM) nella documentazione di gara era già stato anticipato dall'art. 18, l. n. 221/2015. Ora, l'art. 34 del codice dei contratti pubblici pone a carico delle "stazioni appaltanti", - concetto omnicomprensivo che abbraccia le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori nei settori speciali -, l'obbligo di contribuire al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione. Tanto, attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare. I criteri ambientali minimi definiti dal citato decreto sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di cui si dirà.

L'obbligo suddetto si applica per gli affidamenti di qualunque importo, per almeno il 50 per cento del valore a base d'asta, relativamente alle categorie di forniture e affidamenti non connesse agli usi finali di energia e oggetto dei criteri ambientali minimi, mentre si applica per l'intero valore delle gare, relativamente alle categorie di appalto con le quali si può conseguire l'efficienza energetica negli usi finali.

Con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare può essere previsto, altresì, l'aumento progressivo della percentuale del 50 per cento del valore a base d'asta, cosa che è stata fatta con il d.m. 24 maggio 2016, successivo al codice n. 50/2016.

L'art. 71 del codice dei contratti pubblici, relativo ai bandi di gara, oltre a prevedere la loro conformità a bandi tipo predisposti dall'ANAC, stabilisce che essi contengono i CAM.

L'art. 71 non rientra tra le disposizioni applicabili ai settori speciali, il che significa che nei settori speciali non vi saranno bandi tipo dell'ANAC; ma resta l'obbligo, derivante già a monte dall'art. 34, e non solo dall'art. 71, che anche nei settori speciali i bandi contengano i CAM.

I CAM oggi vigenti sono stati adottati dal Ministero dell'ambiente anteriormente al codice n. 50/2016 e andranno aggiornati.

Non vi sono CAM specifici per il servizio idrico integrato, ma nell'ambito di alcuni CAM il tema dall'impiego ottimale della risorsa acqua è ben presente.

Si ricordano i CAM per l'edilizia (enunciato come n. 8 sul sito del Ministero dell'ambiente): ivi si affrontano i temi della riduzione del consumo dell'acqua, degli impianti di depurazione, degli impianti di irrigazione del verde, del riuso delle acque meteoriche.

Ancora i CAM per il verde pubblico (enunciato come n. 17 sul sito del Ministero dell'ambiente): ivi si affronta il tema degli impianti di irrigazione. L'evoluzione tecnologica, e una corretta conoscenza delle soluzioni tecniche migliori per consentire il risparmio e il riuso della risorsa idrica, potranno dare il contributo alla corretta elaborazione dei nuovi CAM.

Va segnalata una “lacuna” – non è chiaro se voluta o casuale – del nuovo codice, quanto al monitoraggio sull’osservanza dei CAM da parte delle stazioni appaltanti e all’autorità competente ad effettuarlo. Invero, l’art. 19, l. n. 221/2015, che si occupava dei CAM negli appalti pubblici, aveva intestato in capo all’Osservatorio operante presso l’ANAC il compito di monitorare l’applicazione dei criteri ambientali minimi di cui ai decreti attuativi del decreto del Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare 11 aprile 2008, e il raggiungimento degli obiettivi prefissati dal Piano d’azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione, di cui al medesimo decreto (mediante novella dell’art. 7, d.lgs. n. 163/2006).

La nuova disciplina dell’Osservatorio operante presso l’ANAC, molto sintetica (dettata nel c. 9 dell’art. 213) non riproduce tale compito di monitoraggio, né lo intesta in capo ad altra Autorità.

9. I requisiti generali e di qualificazione degli operatori economici

Il nuovo art. 80, in tema di requisiti morali, ha una formulazione apparentemente più restrittiva rispetto al vecchio art. 38, in quanto vi è una elencazione tassativa di delitti ostativi.

L’art. 38 dell’abrogato d.lgs. n. 163/2006 nell’individuare le condanne penali ostative della partecipazione alle gare di appalto, aveva optato per un criterio di carattere generale, facendo riferimento ai “reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale”, menzionando poi alcuni titoli di reato specifici. Dall’altro lato, non poneva un limite temporale all’effetto escludente dalla partecipazione alle gare

riconnesso alle condanne penali. L'effetto escludente veniva meno solo in caso di riabilitazione in sede penale.

Il c. 1 dell'art. 80, enuncia invece solo alcuni titoli di reato che sono causa di esclusione obbligatoria dalle gare, mutuandoli dalle direttive comunitarie. Su suggerimento del parere del Consiglio di Stato sullo schema di codice, è stata però inserita una disposizione di chiusura, che considera causa ostativa ogni condanna penale definitiva da cui derivi l'incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione quale pena accessoria.

Per quel che qui rileva, comportando incapacità di contrarre con la p.a., sono ostative della partecipazione alle gare di appalto le condanne per i più gravi delitti in materia ambientale di recente inseriti nel codice penale: 452-*bis* c.p. – inquinamento ambientale; 452-*quater* c.p. – disastro ambientale; 452-*sexies* c.p. – traffico e abbandono di materiale ad alta radioattività; 452-*septies* c.p. – impedimento di controllo.

Passando dai requisiti generali a quelli speciali, le stazioni appaltanti possono chiedere che i concorrenti soddisfino norme di garanzia di qualità mediante la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti: art. 87, applicabile pure nei settori speciali.

E' specificamente previsto che le stazioni appaltanti, quando richiedono la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare il rispetto da parte dell'operatore economico di determinati sistemi o di norme di gestione ambientale, fanno riferimento al sistema dell'Unione di ecogestione e audit (EMAS) o a altri sistemi di gestione ambientale nella misura in cui sono conformi all'art. 45 del regolamento (CE) n. 1221/2009 o ancora ad altre norme di gestione ambientale fondate su norme europee o internazionali in materia, certificate da organismi accreditati per lo specifico

scopo, ai sensi del regolamento (CE) n. 765/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio. Le stazioni appaltanti riconoscono i certificati equivalenti rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati membri. Qualora gli operatori economici abbiano dimostrato di non avere accesso a tali certificati o di non avere la possibilità di ottenerli entro i termini richiesti per motivi loro non imputabili, la stazione appaltante accetta anche altre prove documentali delle misure di gestione ambientale, purché gli operatori economici dimostrino che tali misure sono equivalenti a quelle richieste nel quadro del sistema o della norma di gestione ambientale applicabile.

Le stazioni appaltanti, qualora richiedano agli operatori economici la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare la conformità ai criteri di cui al c. 2 dell'art. 34 (i CAM), fanno riferimento a organismi di valutazione della conformità accreditati ai sensi del regolamento (CE) n. 765/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, in conformità alle norme UNI CEI EN ISO/IEC della serie 17000.

Le informazioni relative ai documenti presentati come prova del rispetto delle norme ambientali e di qualità sono messe a disposizione degli altri Stati membri, su richiesta dalla Cabina di regia.

10. I requisiti dell'offerta: le specifiche tecniche e le etichettature

Specifiche tecniche ed etichettature (artt. 68 e 69, codice n. 50/2016, applicabili pure nei settori speciali), sono un ulteriore strumento per chiedere che le prestazioni richieste rispondano a normative ambientali, ovviamente nel rispetto dei principi di trasparenza e parità di trattamento degli operatori economici.

L'allegato XIII cui l'art. 68 fa rinvio menziona, tra le specifiche tecniche per i lavori, i servizi e le forniture, "i livelli della prestazione ambientale e le ripercussioni sul clima".

11. I criteri di valutazione dell'offerta

Le direttive, la legge delega, e il codice dei contratti pubblici operano una netta scelta di campo a favore del criterio di aggiudicazione che va sotto il nome di offerta economicamente più vantaggiosa (OEPV), assegnando un ruolo residuale al criterio del prezzo più basso. Si privilegia la qualità sul prezzo, con una particolare attenzione alla qualità ambientale.

Basti qui menzionare i punti p) e ff) della legge delega.

“p) previsione di misure volte a garantire il rispetto dei criteri di sostenibilità energetica e ambientale nell'affidamento degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, facendo ricorso anche al criterio di aggiudicazione basato sui costi del ciclo di vita e stabilendo un maggiore punteggio per i beni, i lavori e i servizi che presentano un minore impatto sulla salute e sull'ambiente;

ff) utilizzo, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, per l'aggiudicazione degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, seguendo un approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita e includendo il «miglior rapporto qualità/prezzo» valutato con criteri oggettivi sulla base degli aspetti qualitativi, ambientali o sociali connessi all'oggetto dell'appalto pubblico o del contratto di concessione”.

Tali principi sono declinati negli artt. 95 e 96, d.lgs. n. 50/2016 applicabili pure nei settori speciali.

In particolare il c. 6 dell'art. 95, tra gli elementi di valutazione qualitativa dell'offerta, ne elenca numerosi afferenti alla tutela ambientale:

“I documenti di gara stabiliscono i criteri di aggiudicazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto. In particolare, l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto. Nell'ambito di tali criteri possono rientrare:

a) la qualità, che comprende pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, accessibilità per le persone con disabilità, progettazione adeguata per tutti gli utenti, certificazioni e attestazioni in materia di sicurezza e salute dei lavoratori, quali OSHAS 18001, caratteristiche sociali, ambientali, contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto, caratteristiche innovative, commercializzazione e relative condizioni;

b) il possesso di un marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE) in relazione ai beni o servizi oggetto del contratto, in misura pari o superiore al 30 per cento del valore delle forniture o prestazioni oggetto del contratto stesso;

c) il costo di utilizzazione e manutenzione avuto anche riguardo ai consumi di energia e delle risorse naturali, alle emissioni inquinanti e ai costi complessivi, inclusi quelli esterni e di mitigazione degli impatti dei cambiamenti climatici, riferiti all'intero ciclo di vita dell'opera, bene o servizio, con l'obiettivo strategico di un uso più efficiente delle risorse e di un'economia circolare che promuova ambiente e occupazione;

d) la compensazione delle emissioni di gas ad effetto serra associate alle attività dell'azienda calcolate secondo i metodi stabiliti in base alla raccomandazione n. 2013/179/UE della Commissione del 9 aprile 2013, relativa all'uso di metodologie comuni per misurare e comunicare le prestazioni ambientali nel corso del ciclo di vita dei prodotti e delle organizzazioni; “.

Si tratta di previsioni di derivazione comunitaria, che in parte erano già state anticipate dall'art. 16 e dall'art. 19, l. n. 221/2015, ora abrogati dal d.lgs. n. 50/2016.

Ancora, secondo il c. 13 dell'art. 95, compatibilmente con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, le amministrazioni aggiudicatrici indicano nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito, i criteri premiali che intendono applicare alla valutazione dell'offerta in relazione, tra l'altro, al maggior punteggio relativo all'offerta concernente beni, lavori o servizi che presentano un minore impatto sulla salute e sull'ambiente.

Come già osservato in relazione all'art. 34, relativo ai CAM, ivi si stabilisce che i CAM sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Si pone allora un problema di coordinamento tra i CAM intesi come requisiti minimali imposti alle prestazioni offerte, e che dunque tutte le offerte devono rispettare, e i punteggi da attribuire in sede di valutazione delle offerte.

Il tema è stato affrontato nelle emanande linee guida dell'ANAC sull'OEPV, con la soluzione secondo cui uno specifico punteggio,

nell'ambito dell'OEPV, può essere attribuito alle offerte che superano la soglia minima imposta dai CAM. Si legge nelle linee guida, infatti, che *“per la valutazione dei CAM nell'ambito dell'OEPV, i criteri di valutazione prevedono l'attribuzione di specifici punteggi qualora vengano proposte condizioni superiori a quelle minime previste dai CAM con riferimento alle specifiche di base e alle clausole contrattuali/condizioni di esecuzione o siano proposte le condizioni previste, nell'ambito dei predetti CAM, dalle specifiche tecniche premianti (appositamente elaborate per le procedure aggiudicate sulla base del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo)”*.

Nell'ambito dell'OEPV si tiene conto del costo del ciclo di vita, che contempla sia costi “interni” per la stazione appaltante, tra cui anche quelli connessi al consumo delle risorse ambientali, sia i costi “esterni” intesi come “esternalità ambientali”.

Si legge infatti nell'art. 96 che:

“1. I costi del ciclo di vita comprendono, in quanto pertinenti, tutti i seguenti costi, o parti di essi, legati al ciclo di vita di un prodotto, di un servizio o di un lavoro:

a) costi sostenuti dall'amministrazione aggiudicatrice o da altri utenti, quali:

1) costi relativi all'acquisizione;

2) costi connessi all'utilizzo, quali consumo di energia e altre risorse;

3) costi di manutenzione;

4) costi relativi al fine vita, come i costi di raccolta, di smaltimento e di riciclaggio;

b) costi imputati a esternalità ambientali legate ai prodotti, servizi o lavori nel corso del ciclo di vita, purché il loro valore monetario possa essere determinato e verificato. Tali costi possono includere i costi delle emissioni di gas a effetto serra e di altre sostanze inquinanti, nonché altri costi legati all'attenuazione dei cambiamenti climatici.”

2. Quando valutano i costi utilizzando un sistema di costi del ciclo di vita, le stazioni appaltanti indicano nei documenti di gara i dati che gli offerenti devono fornire e il metodo che la stazione appaltante impiegherà al fine di determinare i costi del ciclo di vita sulla base di tali dati. Per la valutazione dei costi imputati alle esternalità ambientali, il metodo deve soddisfare tutte le seguenti condizioni:

a) essere basato su criteri oggettivi, verificabili e non discriminatori. Se il metodo non è stato previsto per un'applicazione ripetuta o continua, lo stesso non deve favorire né svantaggiare indebitamente taluni operatori economici;

b) essere accessibile a tutte le parti interessate;

c) i dati richiesti devono poter essere forniti con ragionevole sforzo da operatori economici normalmente diligenti, compresi gli operatori economici di altri Stati membri, di paesi terzi parti dell'AAP o di altri accordi internazionali che l'Unione è tenuta a rispettare o ratificati dall'Italia.

3. L'allegato XVIII al presente decreto contiene l'elenco degli atti legislativi dell'Unione e, ove necessario, degli atti delegati attuativi che approvano metodi comuni per la valutazione del costo, del ciclo di vita” (viene in rilievo la direttiva 2009/33/CE quale atto legislativo dell'UE contenente metodi comuni per la valutazione del costo del ciclo di vita).

12. Le condizioni di esecuzione degli appalti

Le direttive comunitarie, la legge delega e il codice chiudono il cerchio della salvaguardia ambientale dandovi rilevanza, oltre che nella fase di progettazione e di fissazione dei requisiti degli operatori economici e delle offerte, anche nella fase di esecuzione del contratto.

L'art. 100, dettato per i settori ordinari ed espressamente richiamato per i settori speciali (art. 114, ultimo c.), prevede che le stazioni appaltanti possono richiedere requisiti particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto europeo e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, innovazione e siano precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando o nel capitolato d'onori. Dette condizioni possono attenersi, in particolare, a esigenze sociali e ambientali. In sede di offerta gli operatori economici dichiarano di accettare i requisiti particolari nell'ipotesi in cui risulteranno aggiudicatari.

E' ovviamente auspicabile che il "possono richiedere" che esprime una scelta discrezionale delle stazioni appaltanti, sia di volta in volta applicato attraverso una ponderata valutazione. E ovviamente dovrà trattarsi di un *quid pluris* rispetto alle condizioni minime di rispetto delle regole ambientali, che, come visto, sono una precondizione nella cui cornice si muove il sistema degli appalti pubblici.

13. Le garanzie dell'offerta e dell'esecuzione: gli incentivi "verdi"

La disciplina in tema di garanzie dell'offerta e dell'esecuzione, dettata per i settori ordinari, non è mai stata applicabile ai settori speciali, non lo era nel codice del 2006, non lo è nel codice del 2016.

Giova però trattarne in questa sede, per i profili di incentivazione *green* ivi previsti.

Nella disciplina delle garanzie sono stabilite misure di incentivazione per gli operatori economici che siano in possesso di certificazioni di qualità ambientale, sotto forma di riduzione dell'importo delle garanzie da prestare. Le varie misure incentivanti sono cumulabili tra loro, costituendo così una forte spinta all'acquisizione di tali certificazioni e, tramite esse, alla conversione verde degli operatori economici.

Gli incentivi sono espressamente elencati nell'art. 93, c. 7, per le garanzie a corredo dell'offerta (c.d. *bid bond*), e richiamati anche per la garanzia di esecuzione (ora definita garanzia definitiva, c.d. *performance bond*) (art. 103, c. 1).

Oltre alla classica riduzione del 50% della garanzia per gli operatori in possesso della certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000, sono previste, e cumulabili con questa e tra loro:

- una riduzione del 30 per cento per gli operatori economici in possesso di registrazione al sistema comunitario di ecogestione e audit (**EMAS**), o in alternativa una riduzione del 20 per cento per gli operatori in possesso di certificazione ambientale ai sensi della norma UNI ENISO 14001;
- una riduzione del 20 per cento per gli operatori economici in possesso, in relazione ai beni o servizi che costituiscano almeno il 50 per cento del valore

dei beni e servizi oggetto del contratto stesso, del marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (**Ecolabel UE**);

- una riduzione del 15 per cento per gli operatori economici che sviluppano un inventario di gas ad effetto serra ai sensi della norma UNI EN ISO 14064-1 o un'impronta climatica (*carbon footprint*) di prodotto ai sensi della norma UNI ISO/TS 14067.

Si tratta di previsioni di derivazione comunitaria, che in parte erano già state anticipate dall'art. 16, l. n. 221/2015, ora abrogato dal d.lgs. n. 50/2016.

E' poi prevista per i soli servizi e forniture una riduzione del 30% non cumulabile con le precedenti suindicate, per gli operatori economici in possesso di certificazione OHSAS 18001, o di certificazione UNI CEI EN ISO 50001 riguardante il sistema di gestione dell'energia o UNI CEI 11352 riguardante la certificazione di operatività in qualità di ESC (Energy Service Company) per l'offerta qualitativa dei servizi energetici.

E' evidente che in ipotesi la riduzione per i possesso di certificazioni ambientali può raggiungere il significativo importo del 65% e che cumulando tali riduzioni con quella generale, si potrebbe persino essere esonerati del tutto dalla prestazione della garanzia.

Per fruire delle riduzioni della garanzia, l'operatore economico segnala, in sede di offerta, il possesso dei relativi requisiti e lo documenta nei modi prescritti dalle norme vigenti.

14. Conclusioni

I grandi temi politici e di *governance* afferenti al servizio idrico, quali le formule organizzative, gli ambiti ottimali, il tema degli investimenti nelle infrastrutture, il tema delle tariffe, della morosità, delle prestazioni minime

e degli standard qualitativi del servizio, si collocano a monte del codice appalti, e non sono da esso direttamente affrontati, se non per escludere dal suo ambito il profilo afferente alle concessioni del servizio idrico.

La indicazione della legge delega, secondo cui avrebbe dovuto trovare sede nel codice dei contratti pubblici la regolamentazione delle concessioni nel settore idrico in ossequio agli esiti della consultazione referendaria del 2011, non ha avuto seguito nel codice.

Ciò nonostante, il codice contiene un complesso di disposizioni sugli “appalti verdi” che costituiscono un microsistema normativo, a cui sono sottese scelte di politica ambientale. Con tale microsistema, gli appalti diventano strumento di politica ambientale, tanto più efficace, quanto più, nell’applicazione pratica, le stazioni appaltanti sapranno qualificarsi, impostare correttamente la documentazione di gara, dialogare con gli operatori economici per la individuazione di soluzioni tecniche innovative, non solo ecocompatibili, ma anche proattive per la salvaguardia dell’ambiente.

Nelle sfide della nuova legislazione sugli appalti pubblici, sarà essenziale avere un novero limitato di stazioni appaltanti qualificate, munite di un *background* di competenze ed esperienze idonee. Ampio spazio dovrà essere dato perciò alla formazione e aggiornamento del personale, ad una progettazione di qualità, ad una selezione trasparente degli operatori economici, ad un adeguato peso dei criteri ambientali per la definizioni delle prestazioni e per la selezione delle migliori offerte.