

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE (SCUOLA DI GIURISPRUDENZA)



DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE
XXXIV CICLO

TESI DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE
curriculum Publicistico

<<La centralità del cd. “*Interesse ambientale*” nella
contrattualistica pubblica>>.

COORDINATORE

Ch.mo Prof.

Geminello Preterossi

TUTOR

Ch.mo Prof.

Annalisa Di Giovanni

CANDIDATO

Ermanno Santoro

Mat. 8800600054

Anno Accademico 2021/2022

INDICE

1

PREMESSA	4
CAPITOLO I	8
1. Introduzione.....	8
2. Lo Sviluppo Sostenibile.....	9
3. L’Unione Europea.....	12
3.1. Lo sviluppo sostenibile ed il mercato unico degli appalti pubblici.....	18
CAPITOLO II.....	24
1. Gli appalti verdi.....	24
2. Le Direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE.....	28
2.1. Le disposizioni di dettaglio a tutela dell’interesse ambientale.....	31
3. Il recepimento delle direttive in Italia.....	41
3.1. Il D.lgs. n. 163/2006.....	43
4. Il decennio 2004-2014.....	47
5. La Direttiva 2014/24/UE.....	58
5.1. Le disposizioni indirettamente legate al GPP.....	61
5.2. Le disposizioni di dettaglio.....	65
6. La Direttiva 2014/23/UE sulle Concessioni.....	83
7. Il D.lgs. n. 50/2016.....	86
CAPITOLO III	98
1. Il PAN – GPP italiano.....	98
2. I Criteri Ambientali Minimi.....	104
2.1. I CAM nel Codice del 2016.....	109
2.2. I CAM e l’affidamento <i>in house providing</i>	115
2.3. Le criticità.....	119
CONCLUSIONI	123
BIBLIOGRAFIA	127

A mio padre, grazie al quale tutto ha avuto inizio.

PREMESSA

Il presente lavoro ad oggetto l'analisi del cd. "Interesse ambientale", inteso come tutela giuridica dell'Ambiente, nella sua concezione unitaria, connotata da un sistema omogeneo di norme; di poteri amministrativi; di centri d'imputazione e di situazioni giuridiche tutelabili e il ruolo, sempre più rilevante da esso assunto nel complesso sistema della contrattualistica pubblica dell'Unione Europea.

In particolare, si tenteranno di individuare le maggiori criticità derivanti dalla difficile armonizzazione del cd. "Interesse ambientale", nel complesso sistema degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, connotato originariamente da una impostazione esclusivamente economica e divenuta, nel tempo, recessiva (o quanto meno non esclusiva) rispetto ad altri interessi meritevoli di tutela, tra cui appunto quello ambientale¹.

Tanto al dichiarato fine di fare emergere la profonda contrapposizione esistente tra la tutela dell'interesse ambientale (finalizzato alla salvaguardia di un bene pubblico primario) e di quello economico (altrettanto rilevante).

A tal fine, in primo luogo, si esamineranno le regole procedurali in tema di appalti pubblici succedutesi nel tempo, prestando particolare attenzione a quelle che, tra esse, hanno maggiore rilevanza nella promozione e tutela ambientale.

Il Legislatore Europeo, dopo un iniziale approccio di natura meramente economica (riassumibile nei noti principi cardine *in subiecta materia*: la tutela della concorrenza e della libertà di iniziativa economica) ha, progressivamente individuato il sistema degli appalti pubblici quale efficace strumento per

¹ Cfr., per una disamina approfondita della tematica, M. CAFAGNO -F. FONDERICO, *Riflessione economica e modelli di azione amministrativa a tutela dell'ambiente in Trattato di diritto dell'Ambiente* (curr. P. DELL'ANNO – E. PICOZZA), vol. I, pp. 487 ss., Padova, 2012.

perseguire finalità di tutela ambientale, riconoscendone espressamente la loro centralità dell'ambito delle proprie politiche di Sviluppo sostenibile.

Nel tempo, l'Unione europea ha emanato un complesso sistema normativo, divenuto progressivamente sempre più complesso e cogente, al dichiarato fine di integrare le caratteristiche ambientali all'interno delle procedure d'appalto e di qualificare gli appalti, banditi dalle PPAA europee, come "verdi".

Attualmente, con l'espressione "appalti verdi" o *Green Public Procurement* (GPP), si indica l'insieme degli strumenti giuridici attraverso cui le istanze ambientali trovano progressivo riconoscimento nella contrattualistica pubblica.

Il GPP, infatti, rappresenta per le amministrazioni pubbliche lo strumento attraverso il quale raggiungere un duplice obiettivo: da una parte offrire alla comunità beni e servizi di interesse collettivo nel modo più efficiente possibile; dall'altra stimolare la vivacità del tessuto imprenditoriale e favorire l'esplorazione di nuove realtà innovative per affrontare le crescenti sfide dello sviluppo.

Il tutto in un'ottica di tutela ambientale, al fine di indirizzare lo sviluppo economico europeo verso la completa ecosostenibilità.

Ciò contribuisce, nell'intenzione del Legislatore unionale, a rendere la Pubblica Amministrazione un'attrice principale dello sviluppo sostenibile, anche in ragione della evidente rilevanza economica del settore degli appalti pubblici.

Come è noto, infatti, la spesa pubblica costituisce una parte significativa del PIL dell'Unione Europea.

Secondo la Commissione europea, gli acquisti pubblici di beni e servizi rappresentano il 18% circa del prodotto interno lordo europeo; ed in alcuni Stati, come per esempio l'Italia, il loro valore è aumentato a partire dalla crisi

finanziaria del 2008².

In quest'ottica, i contratti verdi sono destinati a divenire, anche in assenza di una maggiore un aumento della spesa pubblica, un modo efficace di finanziare vere e proprie politiche industriali di re-orientamento del mercato interno in senso ecosostenibile³.

Con tale consapevolezza, il Legislatore unitario ha favorito una integrazione sempre maggiore dei criteri di sostenibilità ambientale finalizzati all'acquisto di forniture e servizi ed alla realizzazione di opere secondo criteri informati al raggiungimento di una piena e giusta efficienza ecologica.

Quanto innanzi, al fine di indurre gli operatori economici a formulare offerte che migliorino le condizioni poste a base di gara e minimizzino l'impatto ambientale diretto e indiretto della prestazione offerta; e, in alcuni casi, prescrizioni puntuali che vincolino al raggiungimento di livelli di impatto ambientale già definiti.

Si presterà, pertanto, particolare attenzione alla disciplina di dettaglio del GPP nazionale e si analizzeranno le sue maggiori criticità.

Si intendono anche vagliare le prospettive *de jure condendo*, attesa la esplicita volontà del Legislatore comunitario di ampliare ulteriormente la portata del principio generale della sostenibilità ambientale nell'ambito dell'azione amministrativa.

Quanto innanzi mediante una puntuale disamina dei principali strumenti giuridici elaborati a livello unionale e nazionale.

In particolare, si analizzerà la disciplina italiana dei C.A.M. (Criteri Ambientali

² A. DI GIOVANNI, *L'ambiente sostenibile nel nuovo Codice degli appalti: green public procurement e certificazioni ambientali*, in *Il Diritto dell'economia* vol. 31 n. 95, 2018, pp.157-180.

³ Quanto innanzi, tra l'altro, ha avuto di recente una accelerazione per effetto dell'approvazione del pacchetto di misure e stimoli economici per i Paesi membri, lanciato dalla Commissione Europea nel 2020, e che va sotto il nome di "*Next Generation EU*".

Minimi) e la loro rilevanza pratica al fine di integrare concretamente l'interesse ambientale all'interno della disciplina della contrattualistica pubblica.

Tanto al fine di fare emergere il valore anche simbolico dei CAM all'interno del disegno complessivo dell'UE e, quindi, del Legislatore nazionale, nelle politiche di sviluppo future, sempre più orientate ad un approccio ecosostenibile integrato.

Invero, l'Unione Europea già da tempo considera la "sostenibilità ambientale" come un dato consolidato, a cui corrisponde un "approccio universale", globale, che include non solo l'ambiente e l'economia ma anche il sociale, il politico e perfino gli ordinamenti istituzionali.

Si tenterà, infine, una sintesi dialettica, per superare l'antinomia tipica del diritto dell'ambiente, il quale spesso si trova, nella sua applicazione pratica, ad entrare in conflitto con interessi primari (sia pubblici che privati), oggetto di tutela parimenti rilevante.

Tale sintesi, è possibile anticiparlo, verrà ricercata nel principio del cd. "Sviluppo sostenibile", inteso come elemento di partenza e, al contempo, di arrivo, in un'ottica che, anche metaforicamente, vede l'economia circolare come unico modello di sviluppo realmente sostenibile a lungo termine.

CAPITOLO I

L'interesse ambientale negli "appalti pubblici".

1. Introduzione.

La tutela giuridica dell'interesse ambientale ha assunto rilevanza a livello globale solo in epoca recente, trasformandosi, tuttavia, rapidamente in una vera e propria emergenza, a cui non sempre i vari ordinamenti giuridici hanno saputo fornire tempestive ed organiche risposte⁴.

Le ragioni si rinvengono nel repentino manifestarsi di fenomeni di inquinamento e delle conseguenti compromissioni delle matrici ambientali e del loro riverbero sulle condizioni di vita degli esseri umani e delle specie animali e vegetali.

Da un'ottica originaria esclusivamente antropocentrica, si è passati, nel tempo, alla necessità di garantire una tutela complessiva dell'ambiente, allorquando si è progressivamente raggiunta la consapevolezza dell'impossibilità di sostenere uno sviluppo senza limiti, alla luce della scarsità delle risorse, da un lato, e delle conseguenze spesso irreversibili dei processi industriali e del rilascio di inquinanti non degradabili, dall'altro (cd. "tutela ecocentrica").

Ci si è, infatti, resi conto che gli strumenti tradizionali sino ad allora utilizzati e riconducibili sostanzialmente a quelli messi a disposizione dal diritto privato, non erano in grado di fornire pienezza di risposte, di fronte a problemi nuovi che imponevano scelte di fondo su scala planetaria.

La necessità di elaborare strategie comuni ha naturalmente indirizzato le scelte politiche verso l'utilizzo di strumenti pubblicistici, in particolare attraverso l'estrinsecazione di potestà regolative, conformative di attività,

⁴ Vedasi, per una prima "storica" interpretazione del tema GIANNINI M. S., "Ambiente": saggio sui diversi suoi aspetti giuridici, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1973, 15 ss. e in Massimo Severo Giannini. *Scritti*, Milano, 2005.

programmatorie, fino all'emersione di nuovi strumenti giuridici, frutto non casuale del confronto e dell'interscambio su scala transnazionale, attesa l'evidente rilevanza globale delle problematiche ambientali⁵.

2. Lo Sviluppo Sostenibile.

A partire dagli anni 70 dello scorso secolo, la progressiva presa di coscienza delle sempre più pressanti problematiche ambientali ha dato origine a un ampio dibattito sul futuro del pianeta.

Il punto di partenza⁶ di tale discussione viene comunemente individuato nella *Conferenza di Stoccolma sull'Ambiente Umano*, promossa dalla Nazioni Unite nel 1972, al fine di indagare le complesse relazioni esistenti tra il modello di sviluppo economico senza controllo, sino ad allora adottato, e le sopravvenute e pressanti esigenze di tutela ambientale⁷.

⁵ Cfr. sul diritto internazionale dell'Ambiente, in generale, A. FODELLA e L. PINESHI, *La protezione dell'ambiente nel diritto internazionale*, Torino, 2009; M. MONTINI, *Profili di diritto internazionale, Sezione prima (Evoluzione, principi e fonti del diritto internazionale dell'ambiente) e Sezione seconda (La disciplina settoriale sulla protezione dell'ambiente)*, in *Trattato di diritto dell'Ambiente* (curr. P. DELL'ANNO – E. PICOZZA), Padova, 2012, vol. I p. 9 ss.

⁶ Invero, sino alla Conferenza di Stoccolma del 1972 e all'adozione dell'*Action Plan for the Human Environment*, le tematiche ambientali erano completamente assenti a livello internazionale

In precedenza, erano già stati conclusi alcuni trattati bilaterali e multilaterali aventi rilevanza ambientale, così come erano già stati decisi dalle Corti nazionali ed internazionali alcuni casi, come quello della *Fonderia di Trail* (1941). Tuttavia, prima della Conferenza di Stoccolma del 1972 non è possibile rinvenire a livello internazionale la piena consapevolezza dell'esistenza di una crisi ambientale globale, che necessitava di interventi coordinati da parte di tutti gli Stati della comunità internazionale, sia per la creazione di un sistema di regole per la protezione dell'ambiente e degli ecosistemi, che per la promozione di uno sviluppo economico e sociale rispettoso delle esigenze ambientali.

⁷ La Conferenza si concluderà con un piano d'azione composto da 109 raccomandazioni non vincolanti (*Action Plan for the Human Environment*). Inoltre verrà adottata una Dichiarazione recante 26 principi su diritti e responsabilità dell'uomo in relazione all'ambiente: la cd. *Dichiarazione di Stoccolma*, contenente due principi di grande importanza per il futuro sviluppo del diritto dell'Ambiente: il Principio 21 per il quale: «*La Carta delle Nazioni Unite e i principi del diritto internazionale riconoscono agli Stati il diritto sovrano di sfruttare le risorse in loro possesso, secondo le loro politiche ambientali, ed il dovere di impedire che le attività svolte entro la propria giurisdizione o sotto il proprio controllo non arrechino danni all'ambiente di altri Stati o a zone situate al di fuori dei limiti della loro giurisdizione nazionale*» e il Principio 24 che statuisce: «*La cooperazione per mezzo di accordi internazionali o in altra forma è importante per impedire, eliminare o ridurre e controllare efficacemente gli effetti nocivi arrecati all'ambiente da attività svolte in ogni campo, tenendo particolarmente conto della sovranità e degli interessi di tutti gli Stati*».

Tuttavia, è nel 1987 che il diritto internazionale dell'ambiente compie un vero e proprio salto di qualità verso un sistema di regole organizzato ed ispirato a principi comuni e condivisi dalla comunità internazionale.

Tale punto di svolta coincide con la pubblicazione del cd. *Rapporto Brundtland*, commissionato dall'ONU⁸ per esaminare e proporre soluzioni all'ormai acclarata inconciliabilità tra tutela ambientale e sviluppo economico sino ad allora perseguito⁹.

A tal fine il documento redatto dalla Commissione ONU elabora una idea completamente nuova di sviluppo, definito «sostenibile», ossia quello: «*che soddisfa i bisogni della generazione presente, senza compromettere la possibilità per le generazioni future di soddisfare i propri*»¹⁰.

In altri termini, lo sviluppo sostenibile è essenzialmente inteso come «*un processo nel quale l'uso delle risorse, la direzione degli investimenti, la traiettoria del progresso tecnologico ed i cambiamenti istituzionali concorrono tutti insieme ad accrescere le possibilità di rispondere ai bisogni dell'umanità, non solo oggi, ma anche in futuro*»¹¹.

Si tratta quindi, di un importante strumento volto a promuovere il contemperamento delle diverse esigenze legate alle tre principali dimensioni dello sviluppo, vale a dire quella economica, quella sociale e quella ambientale,

⁸ La Commissione Mondiale su Ambiente e Sviluppo fu istituita dall'ONU nel 1983 e nel 1987 pubblicò il rapporto *Our Common Future*, presentato dal Primo Ministro norvegese Gro Harlem Brundtland.

⁹ Vedasi Rapporto della Commissione Mondiale su Ambiente e Sviluppo, (*Rapporto Brundtland*), *Our Common Future*, Oxford, 1987; vedasi anche la traduzione italiana *Il futuro di noi tutti*, Milano, 1990.

¹⁰ In dottrina, sullo *sviluppo sostenibile*, vedasi P. FOIS, *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, Napoli, 2007; F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, disponibile su www.rqda.eu; A. BOYLE E D. FREESTONE, *International Law and Sustainable Development*, Oxford, 1999. In una visione comparata, vedasi G. CORDINI, *Diritto ambientale comparato*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. I, cit., p. 130 ss. in cui l'Autore analizza il riferimento allo "sviluppo sostenibile" nel costituzionalismo latino-americano e lo paragona alle costituzioni europee.

¹¹ V. *Rapporto Brundtland cit.*

in un quadro unitario di insieme volto a minimizzare gli effetti negativi dello sviluppo sull'ambiente e sugli ecosistemi, nonché a massimizzare i vantaggi di un approccio integrato, perseguendo l'obiettivo della sostenibilità dello sviluppo.

Su tali premesse, il concetto di sviluppo sostenibile è rapidamente divenuto il punto di riferimento imprescindibile nonché la principale base giuridica per l'elaborazione della normativa internazionale per la protezione dell'ambiente.

Inoltre, tale principio ha rappresentato il veicolo privilegiato per l'affermazione della necessità di integrare l'esigenza della protezione dell'ambiente nella definizione e nell'attuazione delle politiche economiche e di sviluppo, non solo a livello internazionale, ma anche a livello dei singoli Stati.

Inteso in questo senso, il principio dello sviluppo sostenibile è divenuto la colonna portante delle successive Conferenze di Rio su Ambiente e Sviluppo, del 1992¹², e del Vertice di Johannesburg, svoltosi nel 2002¹³.

Successivamente, nel 2012, a vent'anni dal primo "summit sulla terra" di Rio, si è tenuta la Conferenza ONU, "Rio+20".

In tale ultima occasione venivano posti al centro del dibattito due temi particolarmente rilevanti ai fini del presente studio: 1) la promozione di un'economia verde ("*green economy*") nel contesto dello sviluppo sostenibile e

¹² Il "Summit della Terra", così come viene informalmente definita la conferenza che si tenne a Rio de Janeiro dal 3 al 14 giugno 1992. Si trattò di un evento senza precedenti anche in termini di impatto mediatico e sulle scelte politiche e di sviluppo successive. Vi parteciparono 172 governi e 108 capi di Stato o di Governo, 2.400 rappresentanti di organizzazioni non governative e oltre 17.000 persone aderirono al NGO Forum.

¹³ La Dichiarazione Politica del Vertice di Johannesburg, nel 2002 aggiorna la tradizionale definizione del principio dello sviluppo sostenibile, essenzialmente basata sulle risultanze del Rapporto Brundtland.

In tale contesto, venne infatti ribadito e sottolineato che il principio dello sviluppo sostenibile si basa su tre pilastri interdipendenti che si supportano vicendevolmente, costituiti dallo sviluppo economico, dallo sviluppo sociale e dalla protezione ambientale. Tale concezione tripartita dello sviluppo sostenibile tende a superare la tradizionale dicotomia tra ambiente e sviluppo, recuperando una maggiore centralità per le esigenze sociali, accanto a quelle ambientali ed economiche.

dello sradicamento della povertà; 2) la creazione di un quadro istituzionale (“*institutional frame work*”) per il governo dello sviluppo sostenibile.

Si era, quindi, entrati in una nuova fase dello *sviluppo sostenibile*, non più pensato in senso strettamente economico ma concepito in senso organico e comprensivo di tutti gli ambiti che direttamente e indirettamente coinvolgono gli esseri umani e le loro creazioni politiche¹⁴.

Da ultimo, va segnalato che, nel 2015, a New York, sempre per iniziativa dell’ONU, si è tenuto un nuovo *summit* sullo sviluppo sostenibile.

Gli impegni che ne sono scaturiti, e che dovranno essere realizzati entro il 2030, sono stati raccolti nell’*Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile*, adottata dagli Stati partecipanti¹⁵.

3. L’Unione Europea.

Nel contesto internazionale descritto nel paragrafo precedente, la Comunità Europea¹⁶ ha precocemente sviluppato una sensibilità su tali tematiche e, nel

¹⁴ Vedasi S. SALARDI, *Il diritto internazionale in materia di sviluppo sostenibile. Quali progressi dopo Rio?*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2008. L. PINESCHI, *Tutela dell’ambiente e assistenza allo sviluppo: dalla Conferenza di Stoccolma (1972) alla Conferenza di Rio (1992)*, in *Riv. Giur. Amb.*, 1994.

¹⁵ *Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile* è un programma d’azione per le persone, il pianeta e la prosperità sottoscritto nel settembre 2015 dai governi dei 193 Paesi membri dell’ONU. Essa ingloba 17 Obiettivi per lo Sviluppo Sostenibile – *Sustainable Development Goals, SDGs* – in un grande programma d’azione per un totale di 169 ‘target’ o traguardi. L’avvio ufficiale degli Obiettivi per lo Sviluppo Sostenibile ha coinciso con l’inizio del 2016, guidando il mondo sulla strada da percorrere nell’arco dei prossimi 15 anni: i Paesi, infatti, si sono impegnati a raggiungerli entro il 2030, reperibile sul sito internet: <https://unric.org/it/agenda-2030/>.

¹⁶ La politica europea in materia di ambiente risale al Consiglio europeo tenutosi a Parigi nel 1972, in occasione del quale i capi di Stato e di governo europei (sulla scia della prima conferenza delle Nazioni Unite sull’ambiente) dichiaravano la necessità di una politica comunitaria in materia ambientale che sostenesse l’espansione economica e chiedevano un programma d’azione. *Nell’insieme della Comunità, una crescita sostenibile, non inflazionistica e che rispetti l’ambiente*» (art. 2).

Vedasi, per un approfondimento sulla questione ambientale, sui profili di diritto comunitario dell’ambiente e sui principi, sostanziali e procedurali, in materia, data la numerosità delle opere, ci si limiterà a richiamare, senza pretesa di esaustività, gli studi più generali e la principale manualistica: P. DELL’ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Milano, 2004; L. KRAMER, *Manuale di diritto comunitario per l’ambiente*, trad. it, Milano; M. MONTINI, *Unione europea e ambiente*, in *Codice dell’ambiente* (curr. S. NESPOR E A.L. DE CESARIS), Milano, 2009; G. CORDINI, P. FOIS, S. MARCHISIO, *Diritto ambientale. Profili internazionali europei e comparati*, Torino, 2008; R. FERRARA E M.A. SANDULLI,

giro di pochi anni, la questione ambientale è passata da un regime di protezione indiretta, al riconoscimento ufficiale di azione propria della Comunità, fino a diventare specifica politica dell'Unione europea¹⁷.

In origine, all'interno del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea¹⁸ non si rinvenivano disposizioni a tutela dell'interesse ambientale, attese le finalità esclusivamente economiche delle CEE.

Anzi, in tale ottica, la protezione dell'ambiente finiva per essere addirittura ritenuta un potenziale ostacolo al commercio tra i paesi membri, e quindi un impedimento alla realizzazione dell'obiettivo del mercato unico interno¹⁹.

A partire dagli anni Settanta del secolo scorso, tuttavia, cominciò a svilupparsi progressivamente una maggiore sensibilità che presto si trasformò nella consapevolezza della necessità di garantire un'attenzione particolare alla tutela dell'interesse ambientale, nel contesto dello sviluppo economico e del miglioramento della qualità della vita²⁰.

Il fondamento della neonata politica comunitaria venne presto individuato nell'art. 2 del Trattato Istitutivo della CEE, secondo il quale la Comunità aveva il compito di promuovere: *“uno sviluppo armonioso delle attività economiche ed un'espansione continua ed equilibrata”*.

Il presupposto per l'esercizio di competenze in materia ambientale fu invece rinvenuto nelle disposizioni di cui agli artt. 100 e 235 della versione originaria

Trattato di diritto dell'ambiente, Milano, 2014; F. FRACCHIA, *Introduzione allo studio del diritto all'ambiente. Principi, concetti e istituti*, Napoli, 2013; G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2015; N. LUGARESI, *Diritto dell'ambiente*, Padova, 2020; B. CARAVITA DI TORITTO, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2005; S. CASSESE, *Diritto ambientale comunitario*, Milano, 1995.

¹⁷ Vedasi CHITI e GRECO (curr.), *Trattato di diritto amministrativo europeo, Parte speciale*, I, 102 e COCCO, MARZANATI, PUPILELLA, Russo, *Ambiente*, in CHITI e GRECO (curr.), *Trattato di Diritto Amministrativo Comunitario, Parte Speciale cit.*, I, 105.

¹⁸ Trattato di Roma, sottoscritto il 25 marzo 1957 ed entrato in vigore il 1° gennaio 1958.

¹⁹ Cfr. M. MONTINI, *Unione Europea e ambiente*, in S. NESPOR, A.L. DE CESARIS (curr.), *Codice dell'ambiente*, Giuffrè, 2011.

²⁰ Vertice di Parigi tra i capi di Stato e di governo, 1972.

del Trattato²¹, relativi il primo al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri ed il secondo ai c.d. poteri impliciti della Comunità.

In base a tali previsioni e sulla scorta di un'interpretazione evolutiva del citato art. 2 del Trattato, volta a scorgere in tale norma i primi segni del concetto di sviluppo sostenibile, furono adottati programmi e misure di protezione ambientale di armonizzazione delle normative nazionali aventi incidenza sul funzionamento del mercato comune²².

Quanto innanzi al fine di eliminare eventuali le possibili distorsioni del mercato comune derivanti dalle diverse normative nazionali.

In altri termini, la tutela dell'interesse ambientale si concretizzava solo indirettamente, poiché il fine principale era la tutela della concorrenza, caposaldo delle politiche comunitarie.

Sulla spinta dei risultati del vertice ONU svoltosi a Stoccolma nel 1972, le Istituzioni comunitarie redassero il primo documento programmatico per la protezione ambientale adottato nel 1973 (*Primo Programma di azione in materia ambientale*).

Da quel momento diversi Programmi di azione in materia ambientale si sono susseguiti anticipando e consolidando lo sviluppo via via crescente di una vera e propria politica nel settore ambientale²³.

²¹ Successivamente artt. 95 e 308 del Testo, attualmente artt. 114 e 352 del Trattato.

²² R. ROTA, *Profili di diritto comunitario dell'ambiente*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, cit. vol. I, pagg. 151 e ss, Padova.

²³ In particolare, i primi due programmi di azione ambientale (1973-1977 e 1977-1981) stabilirono la centralità dell'interesse ambientale in relazione a qualunque tipo di programma o decisione, anche di natura economica adottata dalla CEE; stabilirono il principio di prevenzione dell'inquinamento come criterio da preferire ad interventi successivi di recupero e ripristino nonché il principio dell'imputazione delle spese per la prevenzione e l'eliminazione dell'inquinamento a carico del responsabile («*chi inquina paga*»).

Il Terzo programma di azione (1982-1986) getta le basi per la costruzione di una vera e propria politica ambientale prevedendo, insieme alle tradizionali misure sul controllo e contenimento degli inquinanti, una politica di prevenzione dei danni all'ambiente. Furono emanata, in tale periodo, la Direttiva n. 82/501 sui rischi di incidenti rilevanti, la direttiva n. 84/360 sulle emissioni in atmosfera degli impianti industriali, la direttiva n. 85/210 sul tenore di piombo nella benzina, la direttiva n. 85/337 sulla valutazione di impatto ambientale.

Tali programmi, oltre a costituire momento di discussione ed approfondimento delle tematiche ambientali hanno anche fornito le basi per anticipare il contenuto dei singoli atti normativi successivamente approvati, nel Corso di vigenza del Programma stesso²⁴.

Di seguito, nel 1986, l'Atto Unico Europeo²⁵ ha introdotto specifiche disposizioni finalizzate alla tutela ed alla promozione ambientale, raggruppate nel Titolo 12 espressamente dedicato all'ambiente.

In particolare, l'art. 130R individuava gli obiettivi dell'azione della Comunità in materia ambientale, avendo cura di evidenziare prioritariamente le finalità di salvaguardia, protezione e miglioramento della qualità dell'ambiente e poi gli obiettivi di protezione della salute umana e di perseguimento della utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali.

Lo stesso articolo (paragrafo secondo) enumerava i principi fondamentali ai quali l'azione della Comunità andava improntata:

- azione preventiva;
- correzione alla fonte dei danni causati all'ambiente;
- principio del «*chi inquina paga*»²⁶.

Inoltre, al paragrafo quarto, l'art. 130R indicava il principio di sussidiarietà quale ulteriore base per l'azione comunitaria in materia ambientale.

Con il successivo Trattato sull'Unione Europea²⁷, l'ambiente diviene oggetto di una vera e propria politica comunitaria e l'intero articolato relativo all'ambiente

²⁴ Cfr. A. CAPRIA, *Unione Europea ed ambiente*, in S. NESPOR, A.L. DE CESARIS (curr.), *Codice dell'ambiente*, 1999.

²⁵ Firmato a Lussemburgo il 17 febbraio 1986 e all'Aja il 28 febbraio 1986 ed entrato in vigore il 1° luglio 1987.

²⁶ Cfr. M. MELI, *Le origini del principio "chi inquina paga" ed il suo accoglimento da parte della comunità europea*, in *Rivista giuridica dell'Ambiente*, 1990.

²⁷ Firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992 ed entrato in vigore il 1 novembre 1993.

trova collocazione in un titolo specifico (Titolo XVI)²⁸.

Va anche rilevato che l'art. 2 del Trattato introduce, per la prima volta, il concetto di “*crescita sostenibile che rispetti l'ambiente*”.

Inoltre, tra gli obiettivi che l'azione comunitaria si prefissava, veniva inclusa la promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale e mondiale.

In questo periodo veniva adottato anche il quinto Programma di azione²⁹ che prevedeva modalità di intervento finalizzate al contemperamento delle esigenze dello sviluppo economico con quelle legate alla tutela ambientale.

Con tale programma, l'Unione Europea muta, in modo netto, l'approccio, sino ad allora seguito, che diventa di tipo orizzontale poiché vengono, per la prima volta, considerate complessivamente tutte le cause di inquinamento e si cerca di favorire un approccio integrato ad esse.

In concreto, da un lato, si incentivano strumenti trasversali e non più solo settoriali di tutela, in considerazione di una visione unitaria delle problematiche ambientali viste nella loro interrelazione, dall'altro si incentiva anche la partecipazione di imprese e cittadini attraverso l'adozione di strumenti che vadano al di là dello schema tradizionale e che mirino ad un cambiamento di comportamenti non solo imprenditoriali ma anche sociali.³⁰

Al Trattato di Maastricht ha fatto seguito, nel 1997, il Trattato di Amsterdam; a quest'ultimo si deve l'introduzione all'interno dell'ordinamento del c.d. *principio di integrazione* che ha lo scopo di assicurare che l'intervento comunitario in settori diversi da quello ambientale non sia causa di effetti

²⁸ Tale titolo è stato successivamente modificato dal Trattato di Amsterdam del 1997 e, infine, dal Trattato di Lisbona del 2007.

²⁹ *Programma politico e d'azione della Comunità Europea a favore dell'ambiente e di uno sviluppo sostenibile* in G.U.C.E. 17 maggio 1993, n. C 138.

³⁰ Cfr. N. LUGARESI, *Diritto dell'ambiente*, Padova, 2020.

dannosi per l'ambiente, tali da richiedere ulteriori provvedimenti a difesa o finalizzati al risanamento ambientale³¹.

In linea con l'evoluzione della Comunità europea, da meramente economica a politica, alle istituzioni Comunitarie era ormai imposto di integrare l'interesse ambientale fra quelli meritevoli, e quindi oggetto di tutela.

Successivamente, nel 2000, i profili ambientali entrano a far parte della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

È però solo con l'integrazione del Testo della Carta nel Trattato di Lisbona del 2007 che essa assurge al rango di diritto primario dell'Unione Europea³².

Tale Trattato, entrato in vigore nel 2009, ha apportato modifiche volte a garantire il buon funzionamento di un'Europa ormai notevolmente allargata.

Il Trattato che istituisce l'Unione Europea ed il Trattato che istituisce la Comunità Europea sono stati rispettivamente sostituiti dal Trattato sull'Unione Europea (TUE) e dal Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

In particolare, ai sensi dell'art. 3, par. 3 TUE l'Unione si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente.

Sebbene, quindi, il riferimento allo sviluppo sostenibile fosse già presente nelle fonti di diritto primario precedenti, è solo con il nuovo Trattato che l'UE attua un rafforzamento di tale principio ed un'estensione della sua portata, non più limitata principalmente al mercato e alle attività economiche, ma omnicomprensiva, nel senso di uno sviluppo sostenibile economico, sociale ed ambientale e di linea guida nella definizione della politica sia interna che esterna dell'Unione.

³¹ G. ROSSI, *Diritto dell'Ambiente*, Torino, 2011, pp.30 ss..

³² Articolo 6 TUE: "*L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati*".

3.1. Lo sviluppo sostenibile ed il mercato unico degli appalti pubblici.

Con particolare riferimento all'aspetto oggetto del presente elaborato, va preliminarmente rilevato che le politiche comunitarie, hanno delineato uno scenario normativo composito e complesso, in cui gli attori istituzionali sono alla costante ricerca di una "armonia mediata", nello sforzo di trovare un punto di equilibrio tra interessi spesso confliggenti tra loro tra loro³³.

Da un lato, come evidenziato, si è andata affermando la nozione di "sviluppo sostenibile", in cui due termini differenti hanno dato vita ad un concetto complesso, a volte contraddittorio, secondo cui lo sviluppo - inteso in senso economico, sociale ed ambientale - deve essere sempre in grado di "*soddisfare i bisogni delle generazioni presenti senza compromettere le possibilità per le generazioni future di soddisfare i propri bisogni*".

Dall'altro, nel tempo, si è formato un articolato *corpus* normativo comunitario in tema di appalti pubblici a sé stante, con obiettivi di natura essenzialmente economica.

Come meglio di seguito evidenziato, le istituzioni europee hanno presto compreso la stretta interconnessione tra i seguenti ambiti, solo apparentemente diversi tra loro: mercato unico, libero, concorrenziale e economicamente proficuo; tutela dell'ambiente e politica sociale.

La Commissione europea, infatti, già a metà degli anni Novanta del secolo scorso ha cominciato a considerare che ambiti solo globalmente intesi avrebbero consentito il raggiungimento di quello sviluppo sostenibile, divenuto obiettivo fondamentale, in prospettiva del quale affrontare, in modo sinergico, le politiche economiche, sociali e ambientali³⁴.

³³ Cfr. C. GUCCIONE – L. PALATUCCI, *Profili ambientali nelle procedure ad evidenza pubblica*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, cit. vol. II, pagg. 727 e ss.

³⁴ Cfr. Comunicazione della Commissione "*Sviluppo sostenibile in Europa per un mondo*

Tuttavia, la centralità rivestita dagli appalti pubblici (cd. “*public procurement*”) all’interno dell’azione comunitaria è stata originariamente penalizzata da una disciplina normativa frammentaria, che solo a partire dal Trattato di Amsterdam è stata oggetto di un processo di ridefinizione complessiva, alla ricerca di un giusto equilibrio con gli aspetti ambientali e sociali, divenuti elementi tutti salienti del mercato unico, che, al contempo, ha attenuato i propri connotati squisitamente mercantilistici, per acquisire tratti soprattutto politici e sociali³⁵.

Assume particolare rilievo, nel 1996, la Comunicazione: “*Gli appalti pubblici nell’Unione europea: spunti di riflessione per il futuro*”, con la quale la Commissione ha avviato un percorso interpretativo finalizzato ad individuare i profili di compatibilità tra le istanze ambientali e la disciplina vigente in materia di contratti pubblici³⁶.

In tale documento programmatico, veniva affermata, per la prima volta, la rilevanza del settore degli appalti pubblici, al fine del perseguimento degli obiettivi della tutela dell’ambiente e dello sviluppo sostenibile³⁷.

Sebbene il panorama normativo allora vigente non contenesse alcun

migliore: strategia dell’Unione europea per lo sviluppo sostenibile”, proposta per il Consiglio europeo di Goteborg; COM(2001) 264 def., adottata il 15 maggio 2001, secondo la quale: “*Lo sviluppo sostenibile offre all’Unione europea una visione positiva sul lungo termine di una società più prospera e giusta, con la promessa di un ambiente più pulito, più sicuro e più sano: una società che garantisca una migliore qualità della vita per noi, per i nostri figli e per i nostri nipoti. Per raggiungere questi obiettivi nella pratica è necessario che la crescita economica sostenga il progresso sociale e rispetti l’ambiente, che la politica sociale sia alla base delle prestazioni economiche e che la politica ambientale sia efficace sotto il profilo dei costi*”.

³⁵ Sul punto, vedasi A. SACERDOTI, *La Carta dei diritti fondamentali: dall’Europa degli Stati all’Europa dei cittadini*, in *Rivista DPCE*, 2000, 4, p. 1390; R. FRAGOLA, *Sovranità diffuse e diritti umani nella prospettiva comunitaria*, in *Riv. Dir. Europeo*, 1999, 2, p. 4; MASSERA, *L’amministrazione e i cittadini nel diritto comunitario*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1993, 1, p. 20; S. MANCINI, *Il contributo della Corte di Giustizia allo sviluppo della democrazia nella Comunità*, in *Riv. Dir. Europeo*, 1992, n. 4, p. 713-725; CASSESE – DELLA CANANEA, *L’esecuzione del diritto comunitario*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. comunitario*, 1991, p. 901.

³⁶ Comunicazione del 27 novembre 1996 (COM 1996) 583 *Exploring the way forward*.

³⁷ G.F. FIDONE, *Gli appalti verdi all’alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2012.

riferimento all'interesse ambientale era comunque possibile procedere ad una lettura interpretativa che garantisse, comunque, un livello minimo di protezione³⁸.

A tale prima azione ricognitiva, nel 1998, la Commissione Europea ha fatto seguire la Comunicazione dal titolo: "*Gli appalti pubblici nell'Unione Europea*"³⁹, con la quale, oltre ad avere individuato tutta una serie di iniziative finalizzate ad incoraggiare l'aumento della competitività nei settori degli appalti pubblici e delle concessioni, sottolineava l'importanza dell'armonizzazione della politica degli appalti con la tutela dell'ambiente, da un lato (capitolo 4.3), e la politica sociale, dall'altro (capitolo 4.4)⁴⁰.

Il Libro bianco, in particolare, pur ribadendo la necessità che l'uso dei contratti verdi non compromettesse la trasparenza delle procedure di gara e il rispetto del principio di concorrenza, e pur riaffermando la natura prettamente

³⁸ Al punto 2, sotto la rubrica "*Contesto del dibattito*", la Commissione ha sintetizzato così la situazione: "*La politica dell'Unione in materia di appalti pubblici è volta ad instaurare in questo settore una concorrenza leale ed aperta (...). Il quadro giuridico comunitario di base necessario alla realizzazione di questi obiettivi è stato ora fissato: esso rappresenta un giusto equilibrio fra i principi della certezza del diritto e di flessibilità*"; b) al punto 3, "*Applicazione del diritto degli appalti pubblici. Situazione attuale e tendenze*", dopo aver preso atto che una disciplina normativa per gli appalti pubblici è stata messa in opera, la Commissione "*riconosce la necessità che essa rimanga stabile per un certo periodo e non prevede pertanto di modificarne la struttura fondamentale. (...). La Commissione sottolinea la necessità di adoperarsi maggiormente per quanto riguarda sia il recepimento che l'applicazione della disciplina giuridica comunitaria affinché tutti gli operatori dell'Unione possano partecipare agli appalti pubblici in condizioni di parità. (...). Figurano parimenti tra le questioni fondamentali da trattare, quella di incoraggiare la prassi dell'attestazione e quella di rendere più accessibile la procedura di conciliazione*".

³⁹ Libro bianco "*Gli appalti pubblici nell'Unione Europea*", COM (98) 143 del 1.3.1998.

Il *White Paper* ha provveduto ad avviare dibattiti e consultazioni a livello europeo su tali temi ed ha individuato le azioni da attuare per soddisfare un triplice ordine di esigenze: a) chiarire e semplificare il quadro normativo di riferimento; b) adattare il sistema dell'informazione e della comunicazione alle tecniche più moderne, infine, c) migliorare l'accesso agli appalti per realizzare un effettivo partenariato tra Comunità europea, Stati membri ed industria.

⁴⁰ COM (1998) 143, p. 28. Con riferimento al settore dei *public procurement*, la Commissione ha espresso l'intenzione di "*studiare i problemi che si pongono dal punto di vista delle direttive relative agli appalti pubblici e, a fini di chiarezza, pubblicare un documento interpretativo in materia*". Al punto 2.1.3 si è impegnata "*ad assumersi le proprie responsabilità pronunciandosi chiaramente sulle questioni complesse che si pongono a livello di applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e che sono state sollevate nei contributi al Libro verde*", per soddisfare le richieste di chiarezza e certezza giuridica avanzate dagli operatori dei quindici Paesi membri dell'Unione, in difficoltà dinanzi ad una "*foresta*" normativa e giurisprudenziale, in cui risulta difficile districarsi".

economica della regolazione degli appalti pubblici nonché la preminente necessità della tutela dell'interesse primario della libera concorrenza, ha però comunque affermato la compatibilità della disciplina allora vigente con l'adozione di specifiche tecniche espressione di valori ambientali come, ad esempio, la possibilità di prevedere l'esclusione dalle procedure dei soggetti colpevoli di reati di natura ambientale; l'introduzione di valutazioni ambientali tra i criteri di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa⁴¹.

Per la prima volta, pertanto, gli interessi ambientali vengono presi in considerazione per definire i motivi di esclusione da una gara oltre che nel prescrivere determinate condizioni in fase di esecuzione degli appalti pubblici.

A partire dall'inizio del nuovo millennio si è registrata, a livello unionale, un'ulteriore spinta verso l'integrazione degli interessi ambientali all'interno della disciplina della contrattualistica pubblica⁴².

Emblematico, al riguardo, è il “*Sesto programma d'Azione per l'Ambiente*”⁴³, adottato al dichiarato fine di: “*sganciare l'impatto ed il degrado ambientale dalla crescita economica*”, seguendo la strada di un modello di consumo più sostenibile, accompagnato a una migliore efficienza e una migliore gestione delle risorse e dei rifiuti.

Con tale programma, sia pur con riferimento allo specifico ambito della gestione dei rifiuti, la Commissione introduce, per la prima volta, gli acquisti verdi, come strumento per agire a monte sul problema, riducendo la loro

⁴¹ Cfr. GRECO, G., 1997. *Il sistema comunitario degli appalti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, pag. 1333; MORBIDELLI, G., & ZOPPOLATO, M., *Gli appalti pubblici*, in CHITI, M. P., & GRECO, G. 2007. (curr.), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, I, Milano.

⁴² S. BASTIANON in *Politiche dell'Unione Europea in tema di appalti verdi* in M. ANDREIS (cur.) *I contratti pubblici tra principi interni e vincoli sovranazionali (mercato, ambiente, responsabilità)*, 2002.

⁴³ Comunicazione della Commissione, 24 gennaio 2001, COM (2001) 31.

produzione; quantità e pericolosità⁴⁴.

Sul medesimo crinale, si pone il successivo *Libro verde Sulla politica integrata relativa ai prodotti*⁴⁵, per il quale la Commissione adotta un nuovo presupposto metodologico secondo il quale tutti i prodotti, beni e servizi interagiscono con l'ambiente durante il loro intero ciclo di vita e, pertanto, per invertire il fenomeno di un incremento indiscriminato dei consumi, causa dei fenomeni di inquinamento ed esaurimento delle risorse, è necessario promuovere ed incentivare la produzione di beni più ecologici al fine di orientare in questo senso, da un lato la produzione, dall'altro le scelte dei consumatori.

Al contempo, la Commissione suggerisce di ridimensionare i tradizionali strumenti amministrativi imperniati su controlli e sanzioni (cd. "*command e control*"), per percorrere la via degli strumenti di mercato, tra cui appunto il *green public procurement*.

Una decisa accelerazione si avrà, poi, con la successiva Comunicazione su *Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici*, COM (2001) 274⁴⁶.

Tale Comunicazione, infatti, ha ad oggetto espressamente l'integrazione della tutela ambientale nella disciplina degli appalti pubblici e, anzi, ne è l'oggetto diretto e va considerato come il fondamento per il recepimento del tema dei cd. *appalti verdi* nelle successive direttive di settore del 2004.

Essa, tuttavia, ribadisce che la disciplina comunitaria degli appalti pubblici è solouno dei molteplici elementi che compongono il mercato unico, alla cui

⁴⁴ Cfr. E. GERELLI, *Reputazione ambientale e competitività non di prezzo*, in *Riv. it. dir. fin. e sc. fin.*, 2002, p. 707 ss..

⁴⁵ Comunicazione della Commissione, 7 febbraio 2001, COM (2001) 68.

⁴⁶ cfr. C. ALBERTI, *Tutela ambientale, politica sociale e appalti: verso uno sviluppo sostenibile del mercato unico. Primi interventi interpretativi della Commissione CE*, in *Riv. trim. app.*, 2002, 1, p. 161 ss.

realizzazione essa deve contribuire, creando le condizioni di concorrenza necessarie, affinché gli appalti siano affidati in modo non discriminatorio e il denaro pubblico sia razionalmente impiegato per la scelta della migliore offerta.

Inoltre, la Commissione non abbandona l'obbligatoria del collegamento all'oggetto dell'appalto di eventuali criteri verdi posti a gara, i quali dovranno altresì comportare un vantaggio economico per la stazione appaltante.

Ciononostante, appare chiaro che la Commissione spinge in modo sempre più chiaro e netto affinché le tematiche ambientali vengano adeguatamente considerate nell'elaborazione delle nuove direttive comunitarie in materia di appalti, all'epoca in corso di elaborazione.

La Comunicazione in esame si sviluppa poi seguendo le diverse fasi della procedura di aggiudicazione di un appalto ed esamina, per ciascuna di esse, in che modo possano essere presi in considerazione i criteri ambientali, con il chiaro limite del rispetto dei principi comunitari che regolano l'aggiudicazione e con la conseguenza che l'introduzione di detti criteri non può in nessun caso avere l'effetto di restringere la concorrenza o di creare discriminazioni per nazionalità tra i concorrenti.

CAPITOLO II

Il Green Public Procurement dell'Unione Europea

1. Gli appalti verdi.

Come anticipato nel capitolo precedente, la Commissione europea ha precocemente intuito la rilevanza strategica delle procedure ad evidenza pubblica, attribuendo ad esse un ruolo via via crescente all'interno dell'ampio ventaglio di strumenti e politiche messi in campo per garantire tutela all'interesse ambientale, da attuarsi mediante lo sviluppo sostenibile⁴⁷.

Con il termine *appalti verdi* o GPP (*Green Public Procurement*)⁴⁸ si indica l'insieme degli strumenti giuridici unionali volti a promuovere la graduale integrazione degli interessi ambientali nella disciplina della contrattualistica pubblica⁴⁹.

Il presupposto dal quale parte il GPP europeo è che crescita economica può essere considerata sostenibile, solo a condizione di un miglioramento della qualità dell'ambiente, della vita, della salute e solo se garantisce un uso

⁴⁷ Vedasi F. MERUSI, *Analisi economica del diritto e diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2007, fasc. 3, p. 427; M. D'ALBERTI, *Diritto pubblico dei mercati e analisi economica*, in *Analisi economica e Diritto Amministrativo, Annuario 2006*, Atti del convegno annuale, Venezia, 28-29 settembre 2006, Fondazione Cini, p. 19; dello stesso autore, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, fasc. 2, p. 297.

⁴⁸ Secondo la definizione fornita della Commissione Europea nella Comunicazione, 17 luglio 2008, COM (2008) 400 "Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni - Appalti pubblici per un ambiente migliore" il *green public procurement* o GPP indica «un processo mediante cui le pubbliche amministrazioni cercano di ottenere beni, servizi e opere con un impatto ambientale ridotto per l'intero ciclo di vita rispetto a beni, servizi e opere con la stessa funzione primaria ma oggetto di una procedura di appalto diversa».

⁴⁹ Vedasi M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato* in *Analisi economica e Diritto Amministrativo, Annuario 2006*, Atti del convegno annuale, Venezia, 28-29 settembre 2006, Fondazione Cini, p. 103, in cui l'autore opera una "tassonomia delle politiche ambientali" distinguendo una tutela dell'ambiente «nel mercato» e «attraverso il mercato»: «Nel primo caso è lo stesso mercato che si adatta a un contesto regolatorio più sensibile alle tematiche ambientali e si dota spontaneamente di strumenti funzionali in qualche modo alla tutela dell'ambiente [...]. La tutela dell'ambiente attraverso il mercato consiste invece nella messa in opera di strumenti che fanno leva sulle dinamiche di mercato e sulle modalità di funzionamento del medesimo per promuovere la tutela dall'ambiente [...]. Lo Stato assume così il ruolo di "facilitatore"».

razionale delle risorse⁵⁰.

Nel GPP è, quindi, ricompreso un insieme di soluzioni normative destinate indistintamente a tutti i tipi di appalti pubblici, finalizzate ad orientare le scelte di acquisto delle Pubbliche Amministrazioni europee verso beni e servizi ecocompatibili⁵¹.

In estrema sintesi, si tratta di un criterio generale vincolante e generalmente applicabile a tutti i tipi procedure ad evidenza pubblica, al fine di orientare la PA verso scelte d'acquisto sostenibili⁵².

A partire dal 2001⁵³, La Commissione europea ha cominciato a delineare in modo netto il ruolo di traino assegnato alle pubbliche amministrazioni nel processo di gestione ecologica e nel riorientamento del mercato verso produzioni di beni e servizi più *verdi*⁵⁴.

Su tale premessa, la Commissione europea ha indicato l'approvvigionamento da parte delle autorità pubbliche di prodotti e servizi ecosostenibili e rispettosi di specifici criteri ambientali, quale strumento per favorire la trasformazione

⁵⁰ Anche la Corte di Giustizia ha mostrato una costante attenzione per la tutela dell'ambiente, pervenendo a riconoscere la legittimità degli ostacoli alla libera circolazione delle merci imposti da una disciplina nazionale adottata in materia di ambientale. *Ex multis*, Corte giust. CE, Quinta Sez., 9 luglio 1989, *Enichem Base e a. c. Cinisello Balsamo*, causa C-380/87, in *Raccolta*, 1989, pp. 2491 ss.; Corte giust. CE, 9 luglio 1992, *Commissione c. Belgio (c.d. Rifiuti dei Valloni)*, causa C- 2/90, in *Raccolta*, 1992, pp. I-4431 ss.; Corte giust. CE, Prima Sez., 11 dicembre 2001, *Commissione c. Italia (c.d. Oli usati)*, causa C-376/00, in *Raccolta*, 2001, pp. I-9849 ss.

⁵¹ G. FIDONE, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte ecoefficienti*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2012, pp. 819-820.

⁵² Vedasi F. DE LEONARDIS, *Green Public Procurement: From Recommendation to Obligation*, in *International Journal of Public Administration*, 2011, 34:1-2. O. PORCHIA, *Tutela dell'ambiente e competenze dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2006, fasc. 1, p. 17, Cfr. anche G. RECCHIA, *La tutela dell'ambiente in Italia: dai principi comunitari alle discipline nazionali di settore*, in D. AMIRANTE (cur.) *Diritto e Gestione dell'ambiente*, Napoli, 1/2001, p. 29 ss.

⁵³ Comunicazione su *Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici*, COM (2001) 274

⁵⁴ Vedasi M. OCCHIENA, *Norme di gestione ambientale*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (curr.), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008, II, 1465 ss.: “[...] acquistando dal mercato verde le amministrazioni finirebbero non solo con lo sviluppare la circolazione dei beni e servizi ecocompatibili o a basso impatto ambientale, ma anche con l'incentivare la produzione verde, orientando e modificando i cicli produttivi delle imprese”. G. BELLOMO, *Il Green Public Procurement nell'ordinamento multilivello ambientale*, in *Diritto Pubblico Comparato Europeo*, 2008, 2, p. 940 ss.

del sistema esistente in un'economica di tipo circolare.

Sempre nel 2001, la Corte di Giustizia europea ha cominciato a fornire anche il proprio contributo pretorio.

In particolare, con la nota sentenza *Concordia Bus Finland*⁵⁵, la Corte di Giustizia si è espressa, per la prima volta, sull'ammissibilità dei criteri ambientali imposti dalle stazioni appaltanti nella scelta dei contraenti pubblici.

La vicenda, posta all'esame della Corte di Giustizia, verteva su un appalto di trasporto urbano di linea da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in cui tre erano gli elementi da valutare: il prezzo complessivo della gestione, la qualità del materiale e la gestione qualitativa ed ambientale offerte dai concorrenti.

Trattasi, quindi, di criteri non strettamente economici ma ecologici.

La Corte Europea ha ritenuto legittimi i criteri posti a base di gara, in quanto quelli enunciati nelle direttive in materia di appalti pubblici, si è già detto, hanno carattere esemplificativo e non impediscono alle stazioni appaltanti, nell'esercizio del loro potere discrezionale, di richiedere il soddisfacimento di criteri non strettamente economici, in ossequio al principio di integrazione di cui all'allora vigente art. 6 del Trattato CE.

A partire dal 2015, l'Unione Europea ha adottato definitivamente l'approccio ecosostenibile mediante il *Piano d'Azione per l'economia Circolare*⁵⁶.

Quanto innanzi al dichiarato fine, di governare la transizione da un processo economico, quello tradizionale, che si sviluppa lungo un asse che parte

⁵⁵ Corte Giust. CE, 17 settembre 2002, causa C-513/99, *Concordia Bus Finland*. Per una nota alla sentenza, vedasi, M. BROCCIA, *Criteri ecologici nell'aggiudicazione degli appalti*, in *Urbanistica e Appalti*, 2003, p. 168; M. LOTTINI, *Appalti comunitari: sulla ammissibilità di criteri di aggiudicazione non prettamente economici*, in *Foro amm. CDS*, 2002, p.1936. Vedasi pure F SPAGNUOLO, *Il Green public procurement e la minimizzaione dell'impatto ambientale nelle politiche di acquisto della pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubb. comunitario*, 2006, p. 397.

⁵⁶ Comunicazione COM (2015) 614.

dall'estrazione delle risorse e termina con la discarica, ad un'economia nella quale ogni singolo materiale viene riciclato e riutilizzato riducendo il più possibile lo spreco e la quantità di rifiuti destinati allo smaltimento in discarica.

Secondo la definizione data dal suddetto Piano l'economia *circolare* è quella nella quale: “*il valore dei prodotti, dei materiali e delle risorse è mantenuto quanto più a lungo possibile, e la produzione di rifiuti è ridotta al minimo*”.

Con particolare riferimento al settore degli appalti pubblici, al fine di dare attuazione concreta alle raccomandazioni della Commissione Europea, le stazioni appaltanti, pertanto, avrebbero dovuto integrare le considerazioni ambientali in tutti i processi decisionali e nelle politiche di settore, indirizzando la propria domanda d'acquisto verso beni eco-compatibili⁵⁷.

Tanto al fine di stimolare il mercato a produrre ed offrire prodotti sempre più ecosostenibili⁵⁸.

Inoltre, con il medesimo piano, la Commissione Europea evidenziava, per la prima volta, l'esistenza di un pesante *deficit* informativo che la PA ha strutturalmente rispetto all'operatore economico privato e che costituisce una criticità che, qualora non adeguatamente affrontata, avrebbe potuto limitare tutela dell'interesse ambientale.

Secondo la Commissione, tale *deficit* deriva dalla necessità di dover integrare, nella valutazione pubblica di aggiudicazione, variabili attinenti al profilo ambientale, di per sé richiedenti competenze specifiche e specialistiche, difficilmente già possedute dalla maggioranza delle Pubbliche

⁵⁷ B. FENNI, *Il green public procurement come strumento di sviluppo sostenibile* in *www.AmbienteDiritto.it - Rivista Giuridica* – ISSN 1974-9562.

⁵⁸ M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, (curr.), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008, II, 1465 ss. BELLOMO, G., 2008, *Il Green Public Procurement nell'ordinamento multilivello ambientale*, in *Diritto Pubblico Comparato Europeo*, 2, p. 940 ss.

Amministrazioni⁵⁹.

Con tale consapevolezza, la Commissione Europea ha adottato, nel 2005, un manuale dal titolo “*Acquistare verde! Un manuale sugli appalti pubblici ecocompatibili*”, con il quale, seguendo lo sviluppo delle diverse fasi della procedura di aggiudicazione e poi di esecuzione del contratto pubblico, venivano indicati con precisione tutti gli strumenti a disposizione dell’amministrazione per orientare “al verde” ogni tipo di appalto.

Da tale documento emerge lo stretto collegamento tra appalti verdi e necessità di procedure di aggiudicazione sempre più flessibili, al fine di colmare il citato *deficit* informativo.

Al fine di superare il citato divario, la Commissione suggeriva alle PP.AA. di provvedere ad un progressivo apprendimento delle basi e nozioni scientifiche e tecnologiche di cui sono carenti e per farlo (almeno nel medio periodo) la soluzione più consigliabile era il ricorso a procedure negoziate, come il dialogo competitivo o gli strumenti che le nuove direttive di settore, di seguito esaminate, avevano, nel frattempo, introdotto nell’ordinamento comunitario e, conseguentemente, in quello nazionale⁶⁰.

2. Le Direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE.

Gli esiti dell’articolato dibattito sviluppatosi in sede comunitaria, sintetizzato nel paragrafo precedente, ha trovato la sua sintesi nelle direttive di settore adottate nel 2004.

In particolare, la Direttiva 2004/17/CE disciplinava le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, mentre la Direttiva 2004/18/CE regolava le

⁵⁹ Cfr. Comunicazione COM (2001) 274 *cit.*.

⁶⁰ G. FIDONE, *Il codice dei contratti pubblici*, in M. CLARICH (cur.) *Commentario al Codice dei Contratti Pubblici*, Torino, 2010.

procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (direttiva c.d. unificata)⁶¹.

Con l'adozione di tali Direttive, il Legislatore europeo intendeva raggiungere plurimi obiettivi.

Innanzitutto, la semplificazione e l'aggiornamento della normativa esistente; la maggiore flessibilità delle procedure ad evidenza pubblica e il rafforzamento dei principi di trasparenza e di concorrenza.

Oltre a tali obiettivi principali, nel contesto delle direttive del 2004, viene sancita la possibilità, per le stazioni appaltanti, di considerare fattori non economici, come quelli sociali ed ambientali, nelle varie fasi della procedura di evidenza pubblica, dalla determinazione dell'oggetto del contratto alla sua esecuzione.

Il Considerando n. 1 di entrambe le direttive, infatti, oltre a rinviare espressamente al citato Libro verde sugli appalti pubblici sottolineava come le Direttive: *“si basano sulla giurisprudenza della Corte di giustizia, in particolare sulla giurisprudenza relativa ai criteri di aggiudicazione che chiarisce la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di soddisfare le esigenze del pubblico intervento, tra l'altro in materia ambientale e sociale”*.

Chiaro è, altresì, il richiamo alla sentenza *Concordia Bus Finland* della Corte di Giustizia europea che ha aperto alle considerazioni ambientali nelle procedure evidenziali.

Analogamente il Considerando n. 5 della Direttiva n. 2004/18/CE precisava che tra gli obiettivi sottesi vi era quello di: *“chiarire in che modo le amministrazioni aggiudicatrici possono contribuire alla tutela dell'ambiente e*

⁶¹ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, n. 2004/18/CE, *relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi*, in *G.U.C.E.*, 30 aprile 2004 n. 134

alla promozione dello sviluppo sostenibile, garantendo loro allo stesso tempo di poter ottenere per i loro appalti il miglior rapporto qualità-prezzo”.

In definitiva, con le Direttive in esame, l’Unione Europea ha inteso attuare i due scopi principali delle procedure ad evidenza pubblica ossia: il perseguimento dell’apertura degli appalti pubblici alla concorrenza e, la ricerca della flessibilità delle procedure di aggiudicazione, viatico per il “*recupero della discrezionalità amministrativa*”⁶².

Su tali premesse si innestano le misure concrete a tutela dell’interesse ambientale mediante le quali le direttive attribuivano alle stazioni appaltanti la potestà di assicurare una specifica tutela dell’ambiente e della promozione dello sviluppo sostenibile, sia pur nel rispetto dei principi di economicità e libera concorrenza⁶³.

In particolare, le Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE si occupavano espressamente di “contratti verdi”, con disposizioni sia generali che di dettaglio⁶⁴.

A livello generale, il già richiamato “*Considerando 1*” della Direttiva 18 riconosceva espressamente la “*possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di soddisfare le esigenze del pubblico interesse, tra l’altro in materia ambientale e sociale, purché tali criteri fossero collegati all’oggetto del contratto, non conferissero all’amministrazione aggiudicatrice un potere incondizionato di scelta, fossero espressamente menzionati e rispettassero i*

⁶² G. FIDONE, *L’integrazione degli interessi ambientali nella disciplina dei contratti pubblici, in Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, Torino, 2013, p. 134.

⁶³ G. FIDONE, *Gli appalti verdi all’alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte ecoefficienti*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2012, pp. 834-835

⁶⁴ M. CLARICH - G. FIDONE, *Le considerazioni di variabili ambientali nella scelta del contraente (i cosiddetti appalti verdi)*, Relazione del 15 novembre 2013 al Convegno tenutosi sul tema degli appalti pubblici alla Camera dei deputati.

principi fondamentali di cui al Considerando 2⁶⁵”.

Pertanto, fermo il limite del necessario collegamento con l’oggetto del contratto, per la prima volta assumeva rilievo il riconoscimento della necessità di coniugare i valori della concorrenza con interessi anche non strettamente economici tra i quali assume rilievo quello ambientale⁶⁶.

La rilevanza dell’interesse ambientale veniva poi espressa riconosciuta nel già richiamato “*Considerando 5*” secondo il quale: “*Conformemente all’articolo 6 del Trattato, le esigenze connesse con la tutela dell’ambiente sono integrate nella definizione e nell’attuazione delle politiche e azioni comunitarie di cui all’articolo 3 del Trattato, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile*”.⁶⁷

2.1. Le disposizioni di dettaglio a tutela dell’interesse ambientale.

Come anticipato, la direttiva 2004/18/CE detta disposizioni puntuali che, per la prima volta, consentono alle amministrazioni aggiudicatrici di operare scelte espressamente orientate alla tutela dell’interesse ambientale.

Trattasi di previsioni afferenti tutte le fasi della procedura di gara, dalla elaborazione delle specifiche tecniche, fino all’esecuzione del contratto.

Di seguito, si esamineranno quelle principali:

a) Le specifiche tecniche

Le specifiche tecniche definiscono le caratteristiche dei prodotti, dei servizi o

⁶⁵ Il principio di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento, di libera prestazione di servizi, di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, proporzionalità e trasparenza.

⁶⁶ M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell’ambiente*, Giappichelli, 2007; G. BELLOMO, *Il Green public procurement nell’ordinamento multilivello ambientale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008.

⁶⁷ Cfr. anche M. OCCHIENA, *Norme di gestione ambientale*, op. cit., pp. 1471: “[...] nei preamboli è illustrata la “filosofia di fondo” delle due direttive per introdurre il green public procurement nella disciplina comunitaria: le amministrazioni potranno richiedere l’applicazione di misure o sistemi di gestione ambientale nei casi appropriati, ossia tutte le volte in cui l’applicazione di misure o sistemi di gestione ambientale durante l’esecuzione dell’appalto pubblico è giustificata dalla natura dei lavori e/o dei servizi”.

dei lavori e sono individuate dal Legislatore unitario come uno degli ambiti prioritari per orientare le scelte in senso ambientale da parte delle stazioni appaltanti pubbliche.

La loro rilevanza, ai fini del *green public procurement*, e la loro incidenza sul prosieguo della procedura appaiono, *ictu oculi*, evidenti.

Infatti, non vi è chi non veda come la scelta di specifiche tecniche ecocompatibili sia uno strumento realmente incisivo al fine di ottenere una tutela efficace dell'interesse ambientale.

Infatti, mediante l'inclusione di tali specifiche negli atti di gara, è possibile dare rilevanza agli aspetti qualitativi del bene da acquistare, e selezionare beni o servizi "verdi", sin dalla fase di progettazione del prodotto, servizio o lavoro da aggiudicare.

Come meglio si dirà in prosieguo, esistono varie modalità per dare ingresso a detti valori nelle specifiche tecniche.

Per ora è sufficiente evidenziare che le principali sono rappresentate dalle specifiche funzionali; dalle etichette ecologiche e dai processi o metodi di produzione e dagli standards tecnici ambientali.

Già la più volte citata comunicazione COM 2001 (274) della Commissione⁶⁸, del resto, poneva l'accento proprio sul ruolo delle specifiche tecniche inteso come elemento di valorizzazione delle variabili ambientali all'interno del procedimento di gara.

Al fine di tutelare l'apertura alla concorrenza il mercato degli appalti pubblici,

⁶⁸ La Comunicazione interpretativa COM (2001) 274, *cit.*, per determinate specifiche tecniche idonee a tutelare l'ambiente consigliava sia di ricorrere a criteri adottati per l'assegnazione di marchi ecologici sia di consentire la presentazione di varianti. Tale orientamento della Commissione ha ricevuto riconoscimento normativo con l'adozione della direttiva 2004/18 CE la quale stabilisce che le amministrazioni sono legittimate a definire specifiche tecniche facendo ricorso ai criteri utilizzati per le eco-etichettature, così che i materiali, i prodotti o i servizi relativi all'appalto siano ecocompatibili.

il Considerando 29 della direttiva 18/2004 prescriveva che “*le amministrazioni che desiderano inserire requisiti ambientali nelle specifiche tecniche di un determinato contratto possono prescrivere caratteristiche ambientali quali un metodo di produzione determinato e/o gli effetti ambientali specifici di un gruppo di prodotti o servizi*”.

Tale Considerando trova il suo preciso corrispettivo nell’art. 23, comma 3, della Direttiva che prevedeva che le specifiche tecniche fossero dettate in termini di prestazioni o di requisiti funzionali.

La seconda parte dello stesso Considerando, inoltre, sanciva il c.d. “*principio di equivalenza*”, secondo il quale le stazioni appaltanti devono rendere possibile la presentazione di offerte che riflettono la pluralità di soluzioni tecniche, prendendo in considerazione anche offerte basate su altre soluzioni equivalenti.

Quanto alla dimostrazione della conformità dell’offerta alle indicazioni contenute negli atti di gara, il Considerando 29 ammetteva esplicitamente che le specifiche tecniche potessero riferirsi ad eco-etichettature⁶⁹.

Infine, va fatta anche una doverosa menzione alle cosiddette “*varianti verdi*”, cioè la possibilità, già espressamente prevista nella Comunicazione della Commissione 2001 (274), che le amministrazioni chiedessero agli operatori economici di offrire miglioramenti ambientali alle specifiche tecniche poste a base di gara, ad esempio nel caso in cui le stazioni appaltanti non fossero in grado, al momento della formulazione del bando, di avere il *know-how* necessario per inserire richieste verdi tra le specifiche tecniche.

Trattasi di una soluzione pratica individuata dal Legislatore unionale per

⁶⁹ Il Considerando 29 citato disponeva che: “*le stazioni appaltanti possono utilizzare, ma non vi sono obbligate, le specifiche tecniche definite da ecoetichettature come l’etichettatura europea, l’etichettatura (multi) nazionale o qualsiasi altra ecoetichettatura*”.

colmare il più volte citato *deficit* informativo delle PP.AA., che, come evidenziato, assume maggiore rilevanza quando l'oggetto della commessa prevede l'inclusione di elementi eco-sostenibili.

In questo modo si voleva arrivare a colmare tale squilibrio, senza precludere la possibilità di inserire nei bandi quegli elementi di valutazione che sono all'origine del deficit in questione, ma che sono parimenti essenziali per integrare politiche sociali o ambientali nel diritto dei contratti pubblici.

Va, tuttavia, rilevato che nelle direttive non è presente alcun riferimento esplicito alle “*varianti verdi*”, ma nonostante ciò: “*qualora [la variante verde] sia espressamente contemplata dai documenti di gara (in modo da salvaguardare parità di trattamento tra i concorrenti), deve ritenersi ammissibile, oltretutto coerente con i principi del diritto comunitario*”⁷⁰.

b) La valutazione delle offerte.

Successivamente alla presentazione delle offerte si apre la fase di valutazione tecnica dei candidati e dei loro requisiti di ordine morale da parte della stazione appaltante.

Tale segmento procedimentale è contraddistinto dalla previsione di ipotesi predeterminate di esclusione dalla procedura o dall'imposizione ai concorrenti di particolari requisiti di capacità tecnica.

Con riguardo alle ipotesi di esclusione, la direttiva 18/2004 elencava varie ipotesi di esclusione dalla procedura, in generale e con specifico riferimento a considerazioni di carattere ambientale⁷¹.

⁷⁰ G. FIDONE, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte ecoefficienti*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2012.

⁷¹ Direttiva 18/2004 CE Considerando 43: “Occorre evitare l'aggiudicazione di appalti pubblici a operatori economici che hanno partecipato a un'organizzazione criminale o che si sono resi colpevoli di corruzione o di frode a danno degli interessi finanziari delle Comunità europee o di riciclaggio dei proventi di attività illecite. Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero richiedere, all'occorrenza, ai candidati/offertenti

In particolare, l'art. 45, comma 2, lett. c) della direttiva 2004/18/CE disponeva l'esclusione dalla gara dell'impresa: *“nei cui confronti sia stata pronunciata una condanna con sentenza passata in giudicato conformemente alle disposizioni di legge dello Stato, per un reato che incida sulla sua moralità professionale”*, con la possibilità di far rientrare in questa definizione i reati ambientali.

c) i requisiti di capacità tecnica.

Le direttive in esame prevedevano precisi criteri di selezione per effettuare la verifica della capacità tecnica dei concorrenti.

In particolare, nei bandi e nei capitolati di quei contratti pubblici relativi alla gestione dei rifiuti, alle attività di costruzione, ristrutturazione e manutenzione di edifici e, più in generale, in quegli appalti la cui esecuzione poteva determinare danni all'ambiente, le amministrazioni potevano richiedere il possesso di una specifica competenza tecnica a livello ambientale, come la capacità di contenere al minimo la produzione dei rifiuti o il rilascio di sostanze inquinanti.

Anche in questo caso, tuttavia, si prescriveva il rispetto del principio di equivalenza, in forza del quale: *“deve essere accettato come mezzo di prova alternativo ai sistemi di gestione ambientale registrati, una descrizione delle misure applicate dall'operatore economico per assicurare lo stesso livello di protezione ambientale”*.

i documenti appropriati e, in caso di dubbi sulla loro situazione personale, potrebbero chiedere la cooperazione delle autorità competenti dello Stato membro interessato. L'esclusione di detti operatori economici dovrebbe intervenire non appena l'amministrazione aggiudicatrice è a conoscenza di una sentenza relativa a tali reati, emessa conformemente al diritto nazionale e avente un carattere definitivo che le conferisce autorità di cosa giudicata. Se il diritto nazionale contiene disposizioni in tal senso, il mancato rispetto della normativa ambientale o di quella degli appalti pubblici in materia di accordi illeciti, che sia stato oggetto di una sentenza definitiva o di una decisione avente effetti equivalenti, può essere considerato un reato che incide sulla moralità professionale dell'operatore economico o come una colpa grave”.

Il combinato disposto degli artt. 48, par 2 e 50, della Direttiva consentiva la facoltà di prevedere il possesso di certificazioni ambientali in capo ai concorrenti.

Con particolare riferimento alle eco-etichettature, l'art. 50, precisava che, pur nel rispetto del citato principio di equivalenza, quando gli enti aggiudicatori dettano norme di gestione ambientale dovevano fare generalmente riferimento al sistema comunitario di ecogestione ed *audit* (EMAS).

Per sistemi di gestione ambientale certificati⁷² si intendono principalmente i Regolamenti EMAS (*Eco-Management and Audit Scheme*)⁷³; l'EN/ISO 14001⁷⁴ nonché il marchio *Ecolabel*⁷⁵.

d) L'aggiudicazione dell'appalto.

La conclusione della procedura evidenziale ha ad oggetto la valutazione delle offerte e la conseguente aggiudicazione dell'appalto.

Le direttive del 2004 consentivano alle amministrazioni aggiudicatrici di scegliere alternativamente il criterio del prezzo più basso o quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa per valutare l'offerta migliore⁷⁶.

⁷² Per sistema di gestione ambientale si intende la “*parte del sistema complessivo di gestione comprendente la struttura organizzativa, le attività di pianificazione, le responsabilità, le pratiche, le procedure, i processi, le risorse per sviluppare, mettere in atto, realizzare, riesaminare e mantenere la politica ambientale*” (art. 2, lett. k, Regolamento 761/2001).

⁷³ EMAS (*Eco Management and Audit Scheme*) è stato creato dalla comunità Europea per valutare e migliorare gli standards di tutela ambientale di un operatore economico e di un'organizzazione e fornire ai terzi notizie chiare sulle modalità di utilizzo di queste norme di salvaguardia ambientale da parte dell'impresa interessata.

⁷⁴ ISO 14001 è la norma di riferimento per la certificazione del sistema ambientale, tale norma è stata approvata dal Comitato Europeo di Normazione divenendo norme europee e poi italiane a seguito della loro pubblicazione dall'Ente Nazionale di Unificazione. Le norme non fanno altro che creare e individuare degli standards procedurali che gli operatori economici devono seguire in materia di tutela ambientale.

⁷⁵ ECOLABEL è uno strumento di comunicazione, consistente in un'etichetta standardizzata che qualifica un prodotto come preferibile dal punto di vista della tutela dell'ambiente e individua le merci che nel loro intero ciclo di vita rispettano le esigenze della eco-compatibilità. Tale marchio di qualità informativa ecologica può essere applicato ai soli prodotti e servizi il cui ciclo di vita sia integralmente caratterizzato da un ridotto impatto ambientale

⁷⁶ In materia di offerta economicamente più vantaggiosa si veda, tra gli altri, M. LIPARI, *L'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Urb. e app.*, n. 1/2007, p. 7 e ss; G. FONDERICO, *La selezione delle offerte e la verifica dell'anomalia* in M. CLARICH, G.

Anche in questa fase le direttive in commento prevedevano la tutela dell'interesse ambientale mediante l'introduzione di appositi criteri verdi di scelta del miglior offerente⁷⁷.

Va rilevato, tuttavia, che rispetto ad altre fasi del procedimento, l'incorporazione di obiettivi ambientali nei criteri di aggiudicazione è risultato piuttosto difficoltoso.

Alla riduzione della complessità ha contribuito la Corte di giustizia, soprattutto nel già esaminato caso: *Concordia Bus*, che si colloca però in una fase antecedente all'entrata in vigore delle direttive del 2004, e nel successivo caso *North Holland* che rappresenta, invece un punto di svolta⁷⁸.

Con tale precedente la Corte di Giustizia si è definitivamente orientata nel sancire l'idea che le c.d. clausole di sostenibilità possano avere un peso specifico nel criterio di aggiudicazione, derogando, per la prima volta, al sino ad allora dogma del necessario collegamento con l'oggetto del contratto.

Con tale pronuncia, pertanto, è stato superato il *test* di correlazione all'oggetto anche quando l'amministrazione aggiudicatrice richieda che i prodotti inseriti nel circuito del commercio equo e solidale siano prodotti con l'utilizzo di

FIDONE e G. FONDERICO (curr.), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2010; P. DE NICTOLIS-R. DE NICTOLIS, *I contratti pubblici di lavori servizi e forniture. Ambito oggettivo e soggettivo. Procedure di affidamento. Le procedure di scelta del contraente*, 2007, IV, p. 960.

⁷⁷ S. BIANCAREDDU, G. SERRA, *Gli appalti verdi: la soddisfazione di interessi ambientali attraverso le procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici, Qualche riflessione alla luce dei recenti interventi normativi*, in www.sentenzeitalia.it, 2014.

⁷⁸ Corte di giustizia, sez. III, n. 368 del 10 maggio 2012, Commissione c. Regno Paesi Bassi, secondo la quale: "Poiché nell'ambito dell'aggiudicazione di un appalto pubblico per la fornitura e la gestione di macchine automatiche per il caffè, la provincia Noord-Holland ha stabilito: 1) una specifica tecnica incompatibile con l'art. 23, paragrafo 6, della direttiva 2004/18/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, nell'imporre che taluni prodotti da fornire presentassero un'ecoetichettatura determinata, invece di utilizzare specifiche dettagliate; 2) ha stabilito criteri di aggiudicazione incompatibili con l'art. 53, par. 1, lett. a), di tale direttiva prevedendo che il fatto che taluni prodotti da fornire presentassero determinati marchi di qualità avrebbe dato luogo all'assegnazione di un certo punteggio nell'ambito della selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, senza aver elencato i criteri sottesi a tali marchi di qualità né aver autorizzato che fosse fornita con ogni mezzo appropriato la prova che un prodotto soddisfaceva tali criteri sottesi, il Regno dei Paesi Bassi è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza delle succitate disposizioni".

risorse di energia prodotta da fonti rinnovabili.

Come evidenziato, i criteri di aggiudicazione individuati dalle direttive del 2004 erano il criterio del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Tra i due criteri alternativi, quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa è sicuramente più idoneo a valorizzare la tutela e la promozione dell'interesse ambientale.

A comprova va richiamato l'art. 53, comma 1, dir. 2004/18/CE, secondo il quale: *“i criteri sui quali si basano le amministrazioni aggiudicatrici per aggiudicare gli appalti pubblici sono: a) o, quando l'appalto è aggiudicato all'offerta economicamente più vantaggiosa dal punto di vista dell'amministrazione aggiudicatrice, diversi criteri collegati all'oggetto dell'appalto pubblico in questione, quali, ad esempio, la qualità, il prezzo, il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali, le caratteristiche ambientali, il costo d'utilizzazione, la redditività, il servizio successivo alla vendita e l'assistenza tecnica, la data di consegna e il termine di consegna o di esecuzione”*.

Inoltre, va ribadito che le direttive del 2004 (il Considerando 46 ed il relativo art. 58 della Direttiva 18) hanno espressamente riconosciuto alle stazioni appaltanti la potestà di scegliere l'aggiudicatario anche tenendo conto di dell'interesse ambientale sotteso alla commessa pubblica.

Una posizione condivisa, peraltro, dalla successiva giurisprudenza europea⁷⁹ che ha ribadito la possibilità delle stazioni appaltanti di utilizzare appositi criteri ambientali per la individuazione della offerta con il miglior rapporto

⁷⁹ Sentenze 24 gennaio 2008, causa C-532/06, Emm. G. Lianakis AE e 24 novembre 2005, causa C-331/04, ATI EAC s.r.l. e Viaggi di Maio s.n.c.

qualità/prezzo, nella ponderazione di interessi economici e ambientali, tra principio di economicità e sviluppo sostenibile.

Anche con specifico riferimento alla componente del prezzo, era comunque possibile promuovere la tutela dell'interesse ambientale.

Il prezzo infatti è un elemento del "costo" misurabile in termini di ciclo di vita del prodotto, in cui vengono fatti rientrare anche i costi di consegna, installazione, messa in funzione, funzionamento, manutenzione, costi di fine vita del prodotto, smaltimento.

Del resto, la valutazione del *life cycle costing* quale criterio per la valutazione della parte economica all'interno dell'offerta economicamente più vantaggiosa, era da tempo fortemente auspicato dalla Commissione europea⁸⁰.

Come si vedrà in seguito, la valutazione del costo del ciclo di vita del prodotto diverrà centrale nel progetto di nuova direttiva appalti pubblici del 20 dicembre 2011, COM (2011) 896 e soprattutto nelle nuove direttive di settore del 2014 successivamente recepite dal Legislatore nazionale con il D.Lgs. n. 50/2016.

e) L'esecuzione del contratto

Tale fase non era disciplinata dalle direttive comunitarie del 2004.

Invero, il tema dell'esecuzione del contratto pubblico è stato per lungo tempo considerato marginale o quantomeno secondario dal Legislatore unionale il quale vi ha dedicato solo alcune previsioni delle previgenti direttive in tema di appalti pubblici, non ritenendo opportuno prevedere una disciplina organica.

Quanto innanzi, in ragione della sua natura strettamente privatistica, ma non

⁸⁰ La Commissione europea, nel manuale *Acquistare verde!* del 2005 ha suggerito di considerare i costi del consumo energetico e idrico, poiché orientare le scelte dell'amministrazione verso prodotti che consentano un risparmio di combustibile o di acqua, consente simultaneamente minore spesa e protezione dell'ambiente. È richiamata l'attenzione anche sui costi di smaltimento, considerando ai fini dell'aggiudicazione la quantità e la qualità dei rifiuti: ad esempio, potrebbero essere considerati i potenziali profitti derivanti dal riciclo di alcuni beni da smaltire (ad esempio, asfalto usato per la costruzione di nuove strade).

per questo essa è insensibile all'integrazione di variabili sociali e ambientali⁸¹.

I soli articoli riguardanti l'argomento, infatti, si rinvenivano nel capo Quarto della direttiva 18/2004 avente ad oggetto le: *“disposizioni specifiche sul capitolato d'oneri e sui documenti dell'appalto”*, nei quali si poneva l'attenzione sull'obbligo di garantire che particolari condizioni esecutive della commessa fossero predeterminate negli atti di gara, al fine di evitare possibili violazioni del principio concorrenziale.

A conferma va richiamato l'art. 26 della direttiva 18, rubricato *“Condizioni di esecuzione dell'appalto”* secondo il quale: *“Le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto purché siano compatibili con il diritto comunitario e siano precisate nel bando di gara o nel capitolato d'oneri. Le condizioni di esecuzione di un appalto possono basarsi in particolare su considerazioni sociali e ambientali”*.

Al fine di comprendere meglio la portata di tale previsione è opportuno ancora una volta richiamare il manuale *Acquistare verde!*, del 2005, con il quale la Commissione Europea aveva specificato che: *“le clausole dell'appalto non devono svolgere un ruolo decisivo nel determinare quale offerente si aggiudicherà l'appalto, il che significa che qualsiasi partecipante all'appalto dovrebbe, in linea di principio, essere in grado di soddisfarle. Non devono essere presentate sotto forma di specifiche tecniche, criteri di aggiudicazione o di selezione. Mentre gli offerenti sono tenuti a dimostrare che le loro offerte soddisfano alle specifiche tecniche, nessuna prova di conformità alle clausole dell'appalto dovrebbe invece essere richiesta durante la procedura di appalto. Per esempio, non si possono utilizzare le clausole dell'appalto per richiedere*

⁸¹ M. COMBA, *L'esecuzione di opere pubbliche con cenni di diritto comparato*, 2011, pp. 38 e ss.

un particolare processo di produzione (per i fornitori), o personale con particolare esperienza (per i servizi), in quanto queste condizioni sono connesse alla selezione dell'appaltatore. Questi aspetti dovrebbero essere gestiti nella pertinente fase della procedura stabilita dalle direttive sugli appalti pubblici”⁸².

Con particolare riferimento alla tutela ambientale, inoltre, il Considerando 44 affermava che: *“nei casi appropriati in cui l'applicazione di misure sistemi di gestione ambientale durante l'esecuzione dell'appalto pubblico è giustificato dalla natura dei lavori e/o dei servizi può essere richiesta l'applicazione di siffatte misure o sistemi”*.

Tanto conferma la chiara volontà del Legislatore europeo del 2004 di non considerare la fase di esecuzione del contratto pubblico parte del disegno unitario, limitandosi ad imporre che le stazioni appaltanti specificassero nei documenti di gara e, comunque, a monte della procedura di scelta, eventuali peculiari richieste esecutive coinvolgenti esigenze di tutela ambientale⁸³.

3. Il recepimento delle direttive in Italia.

Le direttive comunitarie sopra ricordate n. 2004/18/CE e n. 2004/17/CE sono state recepite nell'ordinamento interno con il D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163⁸⁴.

Nel recepire le direttive comunitarie, il nuovo Codice dei contratti pubblici del 2006 ha inteso rafforzare, come la precedente legge-quadro in materia di lavori pubblici⁸⁵, i principi di competitività e trasparenza nel settore degli appalti.

Contemporaneamente il Codice, seguendo la prospettiva comunitaria della trasformazione dell'interesse ambientale da limite esterno a limite interno, ha

⁸² Vedasi pag. 38 del Manuale *Acquistare verde!* della Commissione europea.

⁸³ A. CHICCHINELLI, *L'esecuzione dei contratti e la tutela dell'ambiente*, in riv. *Giust. Amm.* n. 2/2016.

⁸⁴ *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE* in G.U. n. 100 del 2 maggio 2006.

⁸⁵ Cfr., legge 11 febbraio 1994, n. 10.

innestato norme a tutela dell'ambiente nei vari momenti di esercizio del potere amministrativo e non più nella sola fase di programmazione.

In particolare, l'art. 2, comma 2, del Codice "De Lise" prevedeva espressamente la facoltà per le stazioni appaltanti di subordinare che il principio di economicità, nei limiti delle norme vigenti e dello stesso Codice, ai criteri del bando posti a tutela dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile⁸⁶.

Nonostante la portata generale di tale previsione, è possibile comunque scorgerne immediatamente i profili innovativi che la caratterizzano.

Infatti, da essa è desumibile l'impostazione di fondo accolta dal Legislatore sulla tutela dell'interesse ambientale in tema di evidenza pubblica oltre che alcune importanti prescrizioni sul piano operativo.

Sotto il primo profilo, va rilevato che dalla lettura sistemica del combinato del comma 2 con il comma 1 dell'art. 2 *cit.* emerge la natura di norma eccezionale del comma 2 poiché, in via ordinaria, l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture deve svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza ma anche di libertà di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità.

Sotto il profilo operativo, poi, va evidenziato che la subordinazione del principio di economicità alle ragioni della tutela dell'ambiente e della promozione dello sviluppo sostenibile doveva essere esplicitata puntualmente nel bando in ragione di esigenze di garanzia di tutti gli operatori economici partecipanti⁸⁷.

⁸⁶ Vedasi M. OCCHIENA, *Norme di gestione ambientale, op. cit.*, p. 1465 e ss.

⁸⁷ Vedasi A. MASSARI; D. ALBONETTI; A. COSTANTINI; M. GRECO; A. MASSARI, *Regolamento di esecuzione del Codice dei contratti pubblici*, Rimini, 2011, pagg. 601 e ss. secondo i quali «viene così valorizzata l'introduzione tra gli elementi di valutazione delle offerte delle c.d. "clausole verdi" e "sociali" in attuazione dei nuovi principi fissati dalle

3.1. Il D.lgs. n. 163/2006.

Nella complessiva architettura del D.lgs. n. 163 del 2006, l'interesse ambientale rilevava particolarmente nelle distinte fasi della definizione dell'oggetto del contratto; della determinazione dei requisiti di partecipazione e nella scelta dei criteri di aggiudicazione.

Analizziamole, quindi, secondo tale ordine:

a) L'oggetto del contratto.

Il collegamento della clausola verde con l'oggetto del contratto si rinveniva all'art. 83 nella parte in cui prevedeva che: *“quando il contratto è affidato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il bando di gara stabilisce i criteri di valutazione dell'offerta pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto”*.

Va evidenziato che la norma nazionale recava una parziale difformità rispetto alla previsione comunitaria, poiché nel contesto nazionale la pertinenza, o collegamento, era relativa non solo all'oggetto, ma anche alla natura e alle caratteristiche, con conseguente dubbio se tali condizioni debbano intendersi cumulativamente o meno, e cioè se il criterio ambientale dovesse essere pertinente ad uno dei tre fattori indicati (oggetto, natura, caratteristiche del contratto) oppure, come la disposizione sembra suggerire, il collegamento dovesse riferirsi contestualmente a tutti e tre.

L'ambito di applicazione dell'art. 83 trovava la sua massima applicazione in relazione alle procedure che applicavano il criterio di scelta del contraente, mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (OEPV)⁸⁸.

direttive comunitarie di ultima generazione che hanno individuato nello sviluppo sostenibile e nell'inclusione attiva delle persone socialmente svantaggiate valori perseguiti dalle politiche comunitarie, che possono costituire un bilanciamento agli interessi economici sottesi ai generali principi di tutela della concorrenza nel mercato».

⁸⁸ Vedasi, sul punto P. DE NICTOLIS, R. DE NICTOLIS, *Il criterio del prezzo più basso e il*

Ciò non escludeva, tuttavia, che, nel caso di gara bandita con il criterio del prezzo più basso, la tutela dell'interesse ambientale non potesse trovare ingresso all'interno della procedura per l'affidamento del contratto di appalto, poiché *“nel caso di procedure di gara indette con il criterio del prezzo più basso, la via per l'ingresso di considerazioni ambientali risieda nella definizione dell'oggetto del contratto e, in secondo luogo, nella definizione dei requisiti di partecipazione; per le gare indette con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si potrà invece stimolare l'apporto progettuale dei concorrenti rispetto alla tutela dell'ambiente modellando per primi i criteri di aggiudicazione dell'appalto”*⁸⁹.

Ulteriori previsioni del D.lgs. n. 163 del 2006 che consentivano l'ingresso di clausole ambientali all'interno della fase di definizione dell'oggetto del contratto si individuavano nell'art. 68 relativo alle specifiche tecniche⁹⁰ e nell'art. 69 relativo alle prescrizioni di condizioni particolari di esecuzione del contratto⁹¹.

Le richiamate disposizioni recepivano, rispettivamente, gli artt. 23, 26 della direttiva 2004/18/CE e gli artt. 34, 38 della direttiva 2004/17/CE.

Entrambe le previsioni normative attuavano la tutela dell'ambiente attraverso il mercato, il cui assetto pro-concorrenziale restava nelle intenzioni del

criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (curr.), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. III, pagg. 2100 ss..

⁸⁹ Cfr. C. GUCCIONE – L. PALATUCCI, *op. cit.*, pag. 776.

⁹⁰ Vedasi A. BIAGINI, *Commento all'art. 68*, in S. BACCARINI - G. CHINÈ - R. PROIETTI (curr.), *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, 2011, pagg. 814 e ss.; R. IZZO, *Commento all'art. 68*, in R. GAROFOLI - G. FERRARI (curr.), *Codice degli appalti pubblici*, Roma, 2012, pagg. 824 e ss.; R. INVERNIZZI, *Specifiche tecniche*, in *Trattato sui contratti pubblici*, vol. III, p. 2041 ss.; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2004, in F.G. COCA F.A. ROVERSI MONACO G. MORBIDELLI (curr.), *Sistema del diritto amministrativo italiano*; R. GAROFOLI, *Il nuovo testo unico europeo degli appalti pubblici (Direttiva 2004/18/CE del 31.3.2004)*.

⁹¹ G. BIAGINI, *Commento all'art. 69*, in *op. cit.*; R. IZZO, *Commento all'art. 69*, in *op.cit.*; R. DE NICTOLIS, *Gli atti di gara e la relativa pubblicità*, in *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008; C. GIURDANELLA, *Commento al codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2010.

Legislatore un valore prioritario da non pregiudicare attraverso l'integrazione di ulteriori esigenze o valori.

In altre parole, la tutela della concorrenza continuava ad essere la base a cui rimanevano ancorate anche le previsioni degli artt. 68 e 69, anche nell'ipotesi: *“estrema di un prodotto o servizio così dettagliato da coincidere con quello fabbricato oppure offerto da un'unica impresa sul mercato”*⁹².

b) I requisiti di partecipazione.

In materia di requisiti di ammissione è l'art. 38 del D.lgs. n. 163/2006 la norma di riferimento, ai fini della tutela ambientale, la quale prevedeva l'esclusione dei concorrenti che avessero subito una condanna per reati incidenti sulla moralità professionale (art. 38, comma 1, lett. c)), ovvero che avessero commesso errore grave accertato in materia professionale (art. 38, comma 1, lett. f))⁹³.

Non c'era, tuttavia, nel Codice De Lise alcun riferimento esplicito all'esclusione di soggetti che avessero gravemente violato le norme poste a tutela ambientale; pertanto, veniva lasciata alle stazioni appaltanti ampio margine di discrezionalità.

Tale potere doveva essere esercitato avendo riguardo al tipo di reato commesso, alle relative circostanze, alla pena irrogata e al tempo trascorso dalla sua commissione, fornendo in ogni caso adeguata motivazione in merito alla decisione di escludere o ammettere alla gara il concorrente.

⁹² C. GUCCIONE-L. PALATUCCI, *Op. cit.*, pag. 756.

⁹³ Per un approfondimento relativo all'art. 38 cit., vedasi R. PROIETTI, *Commento all'art. 38*, in S. BACCARINI-G. CHINÈ-R. PROIETTI (curr.), op. cit.; R. GRECO, *Commento all'art. 38*, in R. GAROFOLI-G. FERRARI (curr.), *Codice degli appalti pubblici*, Roma, 2012, p. 515 ss.; A. CIANFLONE-G. GIOVANNINI, *L'Appalto di opere pubbliche*, Milano, cit., p. 458 e ss.; P. SANTORO-E. SANTORO, *Nuovo manuale dei contratti pubblici*, cit., p. 833 ss.; L. LOMBARDI, *La disciplina dei requisiti di ordine generale nel Codice De Lise*, in *Urb. e appalti*, 2007; P. CORTESE, *Il requisito della moralità negli appalti pubblici*, in *Urb. e appalti*, 2003; F. VENTURA, *Commento all'art. 38*, in CARULLO-IUDICA (curr.), *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Padova, 2009.

Secondo la giurisprudenza formatasi sul punto, ciò che rilevava era il rapporto della condanna con la prestazione richiesta dalla pubblica amministrazione o con la condotta richiesta al concorrente⁹⁴.

In tema di requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale richiesti per la partecipazione alle gare aventi ad oggetti appalti di servizi e forniture, le norme da prendere in considerazione sono gli artt. 41 e 42 del D.lgs. n. 163/2006.

A tal riguardo, nel rimandare a quanto evidenziato nei paragrafi precedenti relativi alla disamina delle Direttive recepite con il D.lgs. n. 163/2006, va, comunque, segnalata l'omissione del Legislatore nazionale che non ha ritenuto di recepire quanto previsto, a livello comunitario, dagli artt. 47 e 48 della Direttiva n. 2004/18/CE, secondo i quali tali requisiti andavano comprovati mediante l'adozione di appropriate "misure di gestione ambientale".

Invero il Codice De Lise rimetteva la disciplina di dettaglio sul punto al Regolamento di attuazione (DPR n. 207/2010) che, tuttavia, sul punto nulla ha poi, disposto.

c) La scelta dei criteri di aggiudicazione.

L'interesse ambientale viene tutelato dal Codice De Lise anche nell'ultima fase della procedura d'appalto, in cui l'ente aggiudicatore valuta la qualità delle offerte e confronta i prezzi.

In particolare, le caratteristiche ambientali erano opportunamente collocate tra i criteri per l'offerta economicamente più vantaggiosa indicati dal Legislatore all'art. 83, 1° comma, lett. e) del D.lgs. n. 163/2006⁹⁵.

⁹⁴ Vedasi, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 11 marzo 2011, n. 1583; Cons. Stato, Sez. V, 31 gennaio 2006, n. 349; Cons. Stato, Sez. V, 28 aprile 2003, n. 2129; AVCP, parere n. 50 del 10 ottobre 2007.

⁹⁵ Vedasi, con riferimento ai criteri ambientali, C. GUCCIONE, *Commento all'art. 83*, in S. BACCARINI-G. CHINÈ-R. PROIETTI (curr.) *op. cit.*, pagg. 949 ss.

La disciplina generica sui criteri ambientali del già richiamato art. 83 era integrata da quella del DPR n. 207/2010.

L'art 120, 1° comma, lett. a), del DPR n. 207/2010 con specifico riferimento ai criteri ambientali per l'offerta economicamente più vantaggiosa, sia quelli previsti per gli appalti di lavori nei settori ordinari, sia quelli per i servizi e le forniture sempre nei settori ordinari, prevedeva espressamente il richiamo al PAN – GPP nazionale e ai relativi decreti attuativi, di cui si parlerà dettagliatamente nel successivo capitolo.

Come si è avuto modo di rilevare, presupposto fondamentale affinché fosse possibile per le stazioni appaltanti inserire nei propri bandi delle “clausole verdi” era il collegamento con l'oggetto del contratto.

A livello nazionale, il concetto unionale di “*collegamento*” è stato recepito utilizzando quello di “*pertinenza*” dall'art. 83 del D.lgs. n. 163/2006.

Il concetto di “*pertinenza*”, nel caso della norma nazionale, tuttavia, era contraddistinto da una maggiore ampiezza, non riferendosi solo all'oggetto del contratto ma anche alla sua natura ed alle sue caratteristiche.

Dalla lettura complessiva sia delle direttive 2004 che della normativa nazionale emerge che non si intendeva far riferimento a generici “*criteri relativi alla tutela dell'ambiente*”, bensì di specifiche caratteristiche che dovevano connotare l'oggetto del contratto⁹⁶.

4. Il decennio 2004-2014.

A seguito dell'adozione delle direttive del 2004, si è assistito, a livello europeo, ad un intensificarsi del dibattito sul *green public procurement*.

Di seguito, si riassumeranno le tappe salienti del percorso conclusosi con

⁹⁶ Cfr. art. 53, comma 1, lettera a), Direttiva 2004/18/CE.

l'adozione delle Direttive del 2014 che hanno profondamente riscritto la disciplina di settore.

Nel 2008, la Commissione Europea ha adottato la Comunicazione n. 400 “*Appalti pubblici per un ambiente migliore*” con la quale, all’inizio della crisi economica dei cd. *subprime*, delineava il nuovo approccio in materia di appalti verdi.

Tale documento, incluso nel “*Piano d’azione sul consumo e sulla produzione sostenibili (SCP)*”⁹⁷, per la prima volta, individuava i criteri ambientali obbligatori da inserirsi nelle procedure di gara.

Quanto innanzi, a seguito dell’analisi da parte Commissione europea delle maggiori criticità riscontrate nell’applicazione pratica delle misure del GPP contenute nelle Direttive del 2004⁹⁸.

Con tale documento, la Commissione europea ha rilevato sei ostacoli ad un’efficace tutela ambientale nell’ambito delle procedure evidenziali: criteri ambientali non ben definiti; informazioni insufficienti sul costo del ciclo di vita dei prodotti e sui relativi costi; scarsa consapevolezza dei benefici di prodotti eco-compatibili; incertezza sulle regole giuridiche che consentano l’inclusione dei criteri ambientali nei documenti di gara; la mancanza di sostegno politico, l’assenza di uno scambio coordinato di buone pratiche ed informazioni.

Ulteriore limite veniva individuato nella necessità di bilanciare le ragioni poste a fondamento delle azioni promosse dalle politiche orizzontali ed i principi di libero accesso e di competizione dei mercati.

Tuttavia, per effetto della natura non vincolante di tale Comunicazione, le

⁹⁷ Il *green public procurement* prevedeva l’adozione del “*Piano d’azione per il Consumo la Produzione Sostenibili e la Politica Industriale Sostenibile*”, con l’obiettivo di garantire un’integrazione omnicomprensiva di aspetti sociali, e non solo ambientali, nelle gare d’appalto. Cfr. (SCP) COM (2008) 397.

⁹⁸ Vedasi, P. TREPTE, *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*, 2004.

determinazioni delle rispettive ponderazioni erano rimesse alla competenza degli Stati membri.

Sarebbe stato, dunque, più opportuno, già in questa fase di prima affermazione degli appalti sostenibili promuovere requisiti di sostenibilità obbligatori.

È interessante notare come l'Unione europea avesse previsto tale obbligatorietà soltanto rispetto a requisiti di sostenibilità di determinati prodotti e servizi.

D'altra parte, la mancata generalizzazione del carattere vincolante delle clausole ambientali sembrerebbe giustificarsi sull'unicità dei singoli contesti nazionali, soprattutto delle relative economie, e l'uso legittimo della conseguente discrezionalità che deriva da tale quadro sistematico incontra i soli limiti della trasparenza, della non discriminazione e del libero accesso agli appalti⁹⁹.

Come evidenziato, tra gli *“Ostacoli all'utilizzo del GPP”* individuati dalla Commissione troviamo innanzitutto l'*“incertezza sulle possibilità giuridiche di inserire criteri ambientali nei documenti di gara”*.

Al fine di superare tale criticità, contestualmente, venivano elaborati un sempre maggiore numero di criteri ambientali, destinati a plurime categorie di prodotti e servizi che verranno successivamente resi obbligatori dalle nuove Direttive del 2014.

Sotto altro aspetto venivano promossi ed incrementati i criteri ambientali già dettati per specifici settori, all'epoca già in vigore o in fase di approvazione¹⁰⁰.

Tali criteri *“specialistici”* divenivano altresì modello per l'elaborazione di

⁹⁹ Vedasi S. ARROWSMITH, *The Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies*, in B. CATHERINE – M. GEHRING (curr.) *Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2011-2012*.

¹⁰⁰ In tal senso la comunicazione in esame fa espresso riferimento al regolamento (CE) n. 106/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 gennaio 2008, avente ad oggetto il programma comunitario di etichettatura relativa ad un uso efficiente dell'energia per le apparecchiature per ufficio.

criteri ambientali più approfonditi e più diffusi, in dieci settori ritenuti prioritari dalla Commissione, al dichiarato fine di promuovere la concorrenza ¹⁰¹.

Gli strumenti suggeriti dalla Commissione tendevano quindi ad implementare il GPP, mediante la sua obbligatorietà, al fine di rendere più incisiva la strategia sullo Sviluppo e la Produzione Sostenibili (SCP).

Come evidenziato, la Comunicazione del 2008 è stata adottata in un momento storico in cui la crisi economica era ancora nel suo momento iniziale e la disciplina unionale sulla contrattualistica pubblica, pur avendo ormai aperto alla possibilità di considerare recessivo il principio di economicità rispetto ad istanze di natura ambientale, tuttavia, continuava ad essere caratterizzata da una impostazione per la quale la tutela della concorrenza manteneva una posizione prevalente.

In tale ottica, va, quindi, letta la Comunicazione n. 400 che aveva lo scopo di non tanto di incrementare la diffusione del GPP, quanto piuttosto quello di circoscrivere il limite di eventuali prescrizioni ambientali, affinché non vi fosse il rischio di una eccessiva restrizione della concorrenza.

Va, comunque, dato atto che la via era ormai segnata, poiché l'opportunità di inserire prescrizioni ambientali obbligatorie al livello delle direttive avrebbe rappresentato uno dei punti fondamentali del successivo dibattito sulle nuove direttive, svolto in un contesto radicalmente diverso ossia quello di garantire un uso strategico degli appalti per fronteggiare la crisi economica entrata, nel frattempo, nella sua fase più acuta.

Nel 2010, ormai nel pieno della crisi economica che ha fatto emergere le

¹⁰¹ Cfr. *“Manuale sugli appalti pubblici, la ricerca e l'innovazione”* reperibile a www.ec.europa.eu/invest-inresearch/policy/pub_procurement_en.htm.

carenze strutturali dell'economia europea, la Commissione europea varava “*Strategia Europa 2020*”¹⁰², al fine di promuovere una crescita intelligente e, soprattutto, sostenibile.

Con tale documento, la Commissione individuava tre priorità: la crescita intelligente ossia lo sviluppo di un'economia basata sulla conoscenza e sull'innovazione; la crescita sostenibile, da realizzarsi mediante un'economia più efficiente delle risorse, più verde e maggiormente competitiva; la crescita inclusiva, ossia la promozione di un'economia con un alto tasso di occupazione al fine di favorire la coesione sociale e territoriale.

Tali atti di indirizzo non potevano che produrre effetti sulla disciplina degli appalti e a maggior ragione, di quelli verdi.

La Commissione, infatti, individuava espressamente, quale volano per la crescita sostenibile, le commesse pubbliche esaltandone la natura di strumenti dell'efficienza ambientale e della sostenibilità, da garantirsi sempre nel rispetto del principio di concorrenzialità.

Il ruolo della contrattualistica pubblica veniva posto al primo posto per il perseguimento degli obiettivi della strategia dell'UE, come paradigma della trasversalità delle politiche economiche comunitarie di regolazione rispetto alla necessaria ripresa della crescita, all'insegna della sostenibilità¹⁰³.

Nel contesto della Strategia 2020, nel 2011, la Commissione europea adottava il già menzionato –“*Libro verde*” rubricato “*Per una maggiore efficienza del*

¹⁰² Comunicazione del 3 marzo 2010, Europa 2020 - *Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, COM (2010) 2020.

¹⁰³ Cfr. pag. 22 della COM (2010) 2020: “*Per realizzare gli obiettivi della strategia occorre mobilitare tutte le politiche, gli strumenti, gli atti legislativi e gli strumenti finanziari dell'UE. La Commissione intende potenziare le politiche e gli strumenti principali, come il mercato unico, il bilancio e l'agenda economica esterna dell'UE, per concentrarsi sulla realizzazione degli obiettivi di Europa 2020. Le proposte operative volte a garantire il loro pieno contributo alla strategia sono parte integrante di Europa 2020*”.

mercato europeo degli appalti”¹⁰⁴, con il quale si esaltava anche formalmente l’impostazione per la quale gli appalti pubblici non solo non erano più da ritenersi un ostacolo al perseguimento di obiettivi di maggiore tutela ambientale, ma potevano costituire uno strumento valido per una accelerazione nella direzione auspicata attraverso l’uso più sostenibile della spesa pubblica.

Tale documento, pur riferendosi a tutte le commesse pubbliche, assegnava un ruolo fondamentale agli appalti verdi elaborando, in relazione ad essi, plurime novità, successivamente trasposte nelle direttive del 2014.

Infatti, il Libro verde unisce: *“la tutela dell’ambiente, una maggiore efficienza energetica e sotto il profilo delle risorse, la lotta contro i cambiamenti climatici, la promozione dell’innovazione e dell’inclusione sociale e infine la garanzia delle migliori condizioni possibili per la fornitura di servizi pubblici di elevata qualità”*, con la necessità di: *“accrescere l’efficienza della spesa pubblica a lungo termine ad esempio spostando l’accento dal prezzo iniziale più basso al costo del ciclo di vita più basso”*.

Viene, in particolare, introdotto un nuovo criterio di selezione qualitativa delle offerte che deve tenere conto dei costi del ciclo di vita del prodotto, al fine di ridurre l’impatto ambientale dello smaltimento del prodotto medesimo.

Inoltre, il Libro verde prescriveva due modalità d’utilizzo degli appalti pubblici, al fine di realizzare gli obiettivi strategici menzionati: da un lato, il *“come acquistare”*, ossia la messa a disposizione delle stazioni appaltanti di strumenti necessari per tener conto di tali obiettivi in conformità delle norme procedurali in materia di appalti pubblici; dall’altro il *“che cosa acquistare”*, imponendo requisiti obbligatori alle amministrazioni aggiudicatrici o prevedendo incentivi capaci di orientare le loro decisioni in merito al tipo di

¹⁰⁴ COM (2011) 15 del 27 gennaio 2011.

beni e servizi da appaltare¹⁰⁵.

Quanto al primo punto, la Commissione suggeriva di introdurre maggiore flessibilità nelle procedure di gara, mediante l'ampliamento della discrezionalità delle stazioni appaltanti nella scelta di procedure (es. la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando ed il dialogo competitivo), al fine di facilitare la considerazione delle variabili ambientali.

Al contempo, si ribadiva, comunque, la necessità di mantenere il collegamento delle variabili ambientali con l'oggetto del contratto.

Nonostante ciò, il Libro verde, per la prima volta, apriva all'eventuale abbandono del principio del "collegamento", dando atto che ciò avrebbe certamente ancor più valorizzato i profili ambientali della contrattualistica pubblica ma, allo stesso tempo, avrebbe rischiato di portare, in certi casi, ad un eccessivo ridimensionamento della centralità dell'acquisto e del rilievo del fattore (meramente) economico.

Il secondo metodo per introdurre considerazioni ambientali nella disciplina degli appalti è sintetizzabile nello slogan: *"che cosa acquistare"* ossia di *"imporre requisiti obbligatori alle amministrazioni aggiudicatrici o prevedere incentivi capaci di orientare le loro decisioni in merito al tipo di beni e servizi da appaltare"*.

Rispetto a tale scelta (concretizzantesi nell'obbligo di definire in senso sostenibile le caratteristiche dei lavori, dei prodotti o dei servizi oggetto di gara) il Libro verde osservava che le direttive vigenti nel 2004 lasciavano

¹⁰⁵ Per quanto riguarda il primo aspetto si rimanda al manuale *Buying social - A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement* (Acquisti ispirati a criteri sociali - Una guida per tener conto delle considerazioni sociali negli appalti pubblici), SEC (2010) 1258. Per quanto riguarda il secondo aspetto invece si ricorda che in seguito all'impegno n. 17 della comunicazione "Unione dell'innovazione", la Commissione europea ha monitorato uno studio (avviato nel novembre 2010 e concluso nel novembre 2011) che intendeva sviluppare un nuovo meccanismo di supporto per gli appalti nel settore dell'innovazione.

totalmente libere le amministrazioni aggiudicatrici.

La Commissione suggeriva, pertanto, di recepire a livello generale per tutti gli appalti il contenuto di alcune prescrizioni che già a livello settoriale (per talune tipologie di appalti) erano previste dal diritto comunitario allora vigente¹⁰⁶.

Va, infine, segnalato che il Libro verde del 2011 si è spinto anche oltre, proponendo l'elaborazione di una metodologia generale applicabile a tutti i gruppi di prodotti per il calcolo del costo del ciclo di vita nonchè l'obbligo di tenerne conto nelle decisioni di acquisto¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Si veda G. FIDONE, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2012, che ricorda i già menzionati: Regolamento (CE) n. 106/2008 (GU L 39 del 13 febbraio 2008, pag. 1, cosiddetto regolamento Energy Star UE) che ha imposto alle amministrazioni aggiudicatrici di richiedere nei propri appalti pubblici un certo livello di efficienza energetica; la Direttiva 2009/33/CE relativa alla promozione di veicoli puliti e a basso consumo energetico ha imposto alle amministrazioni aggiudicatrici di tener conto dell'impatto energetico o di altri tipi di impatto ambientale nelle decisioni in materia di appalti pubblici; la Direttiva 2006/32/CE concernente l'efficienza degli usi finali dell'energia e i servizi energetici ha invitato il settore pubblico a svolgere un ruolo esemplare nel settore dell'efficienza energetica adottando un numero minimo di misure per promuovere l'efficienza energetica negli appalti; la Direttiva 2009/28/CE, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili (G.U. L. 140 del 5 giugno 2009, pag. 16) e la direttiva 2010/31/UE sulla prestazione energetica nell'edilizia (G.U. L. 153 del 18 giugno 2010, pag. 13) hanno promosso gli edifici pubblici efficienti sotto il profilo delle risorse (ad esempio, edifici con consumo di energia primaria ridotto o pari a zero); la Direttiva 2010/30/UE concernente l'indicazione del consumo di energia e di altre risorse dei prodotti connessi all'energia, mediante l'etichettatura ed informazioni uniformi relative ai prodotti (G.U. L. 153 del 18 giugno 2010, pag. 6) ha invitato le amministrazioni aggiudicatrici a fare in modo di appaltare unicamente i prodotti appartenenti alla classe più elevata di efficienza energetica. Cfr. anche la relazione di Mario Monti al presidente della Commissione europea dal titolo *Una nuova strategia per il mercato unico*, del 9 maggio 2010, punto 3.4, pag. 78. Anche nella comunicazione *Energia 2020 – Una strategia per un'energia competitiva, sostenibile e sicura* COM (2010) 639, la Commissione ha affermato che i criteri energetici (riguardanti l'efficienza, le fonti rinnovabili e le reti intelligenti) dovrebbero essere utilizzati in tutti gli appalti pubblici di lavori, servizi o forniture.

¹⁰⁷ L'approccio basato sul Ciclo di vita emerge dalla strategia europea "*Politica Integrata dei Prodotti (IPP)*" che ha come documenti di base il Libro Verde citato e la Comunicazione della Commissione sull'IPP.

La Politica Integrata di Prodotto ha lo scopo di rafforzare ed orientare le politiche ambientali riguardanti i prodotti e servizi per promuovere lo sviluppo di un mercato più "ecologico", incentrandosi, a tal fine, sul sistema prodotto/servizio con un approccio basato sull'analisi del ciclo di vita; propone una serie di strumenti e strategie mirati a indirizzare la progettazione, stimolare la domanda e l'offerta, favorire scelte informate dei consumatori e integrare le considerazioni economiche con quelle ambientali.

L'approccio IPP si basa sulla constatazione che un intervento sul lato del mercato possa agevolare il conseguimento di obiettivi ambientali in maniera più efficace e in sinergia con le politiche ambientali settoriali;

La Commissione europea invitava con il Libro Verde gli "Stati membri a dotarsi di piani di azione accessibili al pubblico per l'integrazione di esigenze ambientali negli appalti pubblici [...] Tali piani non saranno giuridicamente vincolanti, ma serviranno a dare impulso politico al processo di attuazione delle misure necessarie a favorire una maggiore considerazione degli

Lo scopo, in questo caso, era quello di coniugare gli effetti positivi dal punto di vista ambientale con l'obiettivo di assicurare costi complessivi minori.

Quanto innanzi in un'ottica finalmente conciliativa dell'interesse economico (*recte*: concorrenza) con quello ambientale.

Appare, quindi, evidente la rilevanza del Libro Verde nel dibattito sulla modernizzazione degli appalti e, per quanto qui interessa, dello sviluppo degli appalti verdi.

In altri termini, mediante tale documento, la Commissione Europea ha aperto alla possibilità di sganciamento dall'oggetto del contratto, al fine di realizzare uno sviluppo "quantitativo" del ricorso al GPP e dall'altro lato, prevedendo riferimenti puntuali al "che cosa acquistare".

Tanto, sull'ormai acquisita consapevolezza che l'unico modo per risolvere la maggiore criticità degli appalti verdi era di imporre l'obbligo alle stazioni appaltanti, andando oltre la natura di mero suggerimento sino ad allora perseguita.

Il Libro verde, da questo punto di vista, non si limitava ad esporre i pro e i contro delle proposte elaborate, ma si spinto fino a suggerire una soluzione di compromesso, quella di prevedere incentivi per gli appalti di determinati tipi di beni e servizi, senza tuttavia imporli.

Tale soluzione, basti per ora solo accennarlo, verrà poi adottata dalla Direttive del 2014.

Ulteriore tema affrontato dal Libro Verde è il ruolo dell'innovazione tecnologica come volano dello sviluppo sostenibile.

aspetti ambientali negli appalti pubblici e delle iniziative di sensibilizzazione permettendo lo scambio delle migliori pratiche in materia".

Non va dimenticato, del resto, che una delle finalità dichiarate del libro verde era proprio la “modernizzazione” del mercato, in coerenza con le politiche e gli obiettivi delineati nella Strategia 2020.

Nel Libro verde si legge al riguardo che: *“L’Europa presenta grandi potenzialità non ancora sfruttate di guidare l’innovazione mediante gli appalti pubblici e di incoraggiare allo stesso tempo la concorrenza transfrontaliera, di promuovere un’economia a basse emissioni di carbonio e di ottenere il miglior rapporto qualità/prezzo per le autorità pubbliche. Gli appalti pubblici di prodotti e servizi innovativi sono fondamentali per migliorare la qualità e l’efficienza dei servizi pubblici in periodi di restrizioni di bilancio”*¹⁰⁸.

Al fine di realizzare tale obiettivo, il Libro verde ha preliminarmente passato in rassegna gli strumenti già previsti dalle direttive del 2004 allora vigenti, evidenziando, in primo luogo, l’idoneità delle procedure del concorso di progettazione ed del dialogo competitivo, quali strumenti idonei, nel caso di appalti particolarmente complessi, per consentire scelte “calibrate” sulle concrete e peculiari caratteristiche dell’oggetto dell’affidamento.

Infatti, i primi consentono alle amministrazioni aggiudicatrici di acquistare piani e progetti in settori quali l’architettura, l’ingegneria e l’elaborazione dei dati; il secondo consente di individuare e definire gli strumenti più adatti a soddisfare le esigenze pubbliche in contraddittorio con i soggetti interessati, pur con le accortezze necessarie ad evitare, in assenza del consenso dei soggetti medesimi, la divulgazione di soluzioni proposte o informazioni fornite dai singoli partecipanti).

Nella medesima direzione andava anche la possibilità delle amministrazioni aggiudicatrici di prevedere, al momento della definizione delle specifiche

¹⁰⁸ Libro verde *cit.* pag. 48.

tecniche, la possibilità per gli offerenti di presentare varianti “verdi”, ritenute già ammissibili della Commissione con la citata Comunicazione n. 274/2001.

Va, altresì, rilevato che al fine di stimolare l’innovazione, la Commissione suggeriva alle amministrazioni aggiudicatrici, di favorire lo sviluppo di prodotti o servizi non ancora disponibili sul mercato.

A tale scopo, la Commissione suggeriva il ricorso al cd. “*appalto pre-commerciale*”¹⁰⁹, ossia l’appalto di servizi di ricerca e sviluppo per lo sviluppo di nuove soluzioni, al fine di acquistare in una fase successiva il prodotto o il servizio finale mediante una normale procedura di appalto pubblico.

Tale approccio doveva consentire alle PP.AA. di condividere con i fornitori i rischi e i benefici della progettazione, della realizzazione di prototipi e della sperimentazione su un volume limitato di nuovi prodotti e servizi, senza comportare aiuti di Stato.

L’appalto pre-commerciale, in tale ottica, poteva essere d’ausilio per le amministrazioni aggiudicatrici a migliorare drasticamente la qualità e l’efficienza dei servizi pubblici, creando mercati di punta e promuovendo lo sviluppo di nuove soluzioni innovative che potessero soddisfare le richieste del settore pubblico di prodotti e servizi non ancora disponibili sul mercato.

In altri termini, tale formula contrattuale, di importazione statunitense, consente alla mano pubblica di indirizzare l’industria verso la progettazione e realizzazione di nuovi modelli con più elevato tasso di efficienza.

Ad esempio, l’Amministrazione pubblica potrebbe riservarsi il prodotto di alta qualità per fini militari, consentendo al produttore di adattarlo e commercializzarlo, con le adeguate modifiche, per finalità civili.

¹⁰⁹ cfr. la comunicazione della Commissione *Appalti pre-commerciali: promuovere l’innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa*, e il documento di lavoro dei servizi della Commissione che l’accompagna, rispettivamente COM (2007) 799 e SEC (2007) 1668.

Va evidenziato che tale istituto è stato successivamente recepito nella nuova Direttiva n. 23 del 2014, all'art. 14 "*Servizi di ricerca e sviluppo*"¹¹⁰ applicabile ai contratti per servizi di ricerca e sviluppo (identificati da alcuni codici CPV), purché siano soddisfatte le condizioni che "*a) i risultati appartengono esclusivamente all'amministrazione aggiudicatrice perché li usi nell'esercizio della sua attività, e b) la prestazione del servizio è interamente retribuita dall'amministrazione aggiudicatrice*".

Sul punto si tornerà più diffusamente in prosieguo.

5. La Direttiva 2014/24/UE.

Conclusa la rassegna sul dibattito che ha preceduto la proposta e la successiva adozione delle nuove Direttive di settore del 2014, vanno ora analizzate le novità introdotte dalle stesse, per valutarne la portata innovativa e successivamente fare un bilancio della diffusione del GPP e dei fattori che la influenzano, in Europa ed in Italia.

Come anticipato, nel 2014, l'UE disegna un nuovo quadro normativo in tema di procedure ad evidenza pubblica.

Al fine di comprenderne la reale portata innovativa, va preliminarmente ribadito che, nell'arco del decennio che va dall'adozione delle precedenti direttive del 2004 e sino al 2014, si è avuta la crisi prima finanziaria e poi economica del 2008.

Tale evento di portata epocale ha inevitabilmente inciso sulle complessive politiche dell'UE e conseguentemente si è riverberata sulla nuova disciplina dettata per gli appalti pubblici.

Una ragione specifica che ha spinto l'Unione europea al cambiamento del

¹¹⁰ In questo caso la nuova norma si pone in continuità con quella dell'art. 16 della direttiva 18 e con il conseguente art. 19 del D.Lgs. n. 163/2006.

quadro normativo delineato dalle precedenti direttive del 2004 è stata la già evidenziata convinzione di come gli appalti pubblici fossero ormai diventati uno strumento fondamentale delle politiche strategiche europee.

Le nuove Direttive, infatti, impongono ormai alle stazioni appaltanti di integrare nel sistema degli appalti pubblici politiche ambientali e di protezione sociale.

Emblematico in tal senso è il Considerando 91¹¹¹ della direttiva 2014/24/EU che richiama ed interpreta espressamente l'art. 11 TFUE che sancisce il principio di integrazione e della necessaria considerazione dell'interesse ambientale in tutte le politiche dell'Unione europea, con la finalità della promozione dello sviluppo sostenibile.

In questo contesto, lo scopo della nuova disciplina è quello di evidenziare il ruolo centrale che le stazioni appaltanti devono apportare al fine di garantire una crescita economica sostenibile.

Va comunque rilevato che, nella fase dei lavori preparatori, una parte degli *stakeholders*, soprattutto operatori economici, aveva dimostrato una generale riluttanza all'utilizzo degli appalti pubblici in favore del raggiungimento degli obiettivi della strategia Europa 2020.

Differentemente, numerose organizzazioni della società civile avevano offerto il loro deciso supporto all'inclusione di politiche ambientali e sociali nel processo di revisione delle regole sugli appalti pubblici.

Nel processo che ha condotto alla modifica della disciplina normativa, quindi al passaggio dalle direttive del 2004 alle direttive del 2014, un ruolo

¹¹¹ L'articolo 11 TFUE impone che le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente siano integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile. La presente direttiva chiarisce in che modo le amministrazioni aggiudicatrici possono contribuire alla tutela dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile, garantendo loro la possibilità di ottenere per i loro appalti il migliore rapporto qualità/prezzo.

significativo è stato, altresì, giocato dagli attori internazionali.

In particolare, lo strumento normativo principale a livello internazionale che ha inciso sulle scelte dell'UE è il *Plurilateral Agreement on Government Procurement* (GPA) del *World Trade Organization* (WTO), da ultimo modificato nel 2012.

L'Unione europea è vincolata dalle sue prescrizioni in quanto parte contraente dello stesso accordo e tale rilievo ha inevitabilmente segnato lo sviluppo delle regole euro-unitarie.

Il GPA fa espresso riferimento ai principi di non discriminazione e di trasparenza e prevede regole puntuali relativamente alle specifiche tecniche, alla selezione degli offerenti e alla valutazione delle offerte.

Rispetto alla questione della sostenibilità negli appalti, il trattato include la possibilità dell'integrazione di considerazioni e criteri ambientali nelle singole fasi della procedura di evidenza pubblica ex art. X (6) e (9).

Come meglio si vedrà di seguito, seguendo l'esempio del GPA, anche le direttive UE del 2014 prendono in considerazione i criteri ambientali nei segmenti principali del procedimento di aggiudicazione del contratto: specifiche tecniche, criterio di scelta ed esecuzione del contratto.

All'esito del dibattito sintetizzato nel precedente paragrafo, il Parlamento europeo prima (il 15 gennaio 2014) e il Consiglio Europeo poi (l'11 febbraio 2014) hanno approvato le nuove Direttive entrate in vigore il successivo 18 aprile dello stesso anno.

Nel prosieguo si presterà particolare attenzione alla Direttiva n. 2014/24/UE avente ad oggetto l'affidamento dei contratti d'appalto di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari in quanto, a livello generale, la direttiva

2014/25/UE sui settori speciali contiene norme pressochè identiche¹¹².

Qualche riferimento puntuale sarà alla direttiva 2014/23/UE sulle concessioni.

5.1. Le disposizioni indirettamente legate al GPP.

Le direttrici lungo le quali si è mosso il Legislatore europeo del 2014, al fine integrare la tutela dell'interesse ambientale all'interno del nuovo sistema di contrattualistica pubblica, prevedono essenzialmente il ricorso a procedure più flessibili e negoziate, nonché appalti innovativi¹¹³.

Le prime concorrono al superamento dell'asimmetria informativa connaturata alla complessità caratterizzante gli strumenti di contrattualistica verde da tempo ormai individuata come il principale ostacolo in tale ambito; i secondi sono essenziali per lo sviluppo di nuove soluzioni verdi orientate al paradigma della eco-efficienza che promuovano lo sviluppo, fra le imprese, di una “concorrenza ambientale”.

¹¹² La quarta riscrittura della normativa europea nel settore degli appalti è caratterizzata da un avvicinamento della disciplina dei settori “speciali” a quella dei settori ordinari. Ciononostante, le norme per i cosiddetti settori “speciali”, in cui sono compresi acqua, energia, trasporti e servizi postali, continuano a essere contenute in una direttiva ad hoc (direttiva 2014/25/UE). Gran parte delle novità già segnalate e che segnaleremo per i settori ordinari è riprodotta nella disciplina applicabile ai settori speciali: ciò vale, a titolo esemplificativo, per le nuove procedure riguardanti i partenariati per l'innovazione (articolo 49), i criteri ambientali e sociali attraverso il rispetto degli obblighi in tale ambito (articolo 36, paragrafo 2), i criteri di aggiudicazione dell'appalto (articolo 82), i costi del ciclo di vita (articolo 83), la fase di esecuzione dei contratti (articoli 87-90). Permane un regime specifico che riguarda, in generale, i sistemi di qualificazione degli operatori economici (articolo 77), l'accessibilità di norme e criteri oggettivi per l'esclusione e la selezione degli offerenti o dei candidati agli operatori economici interessati (articolo 78), nonché norme ad hoc per i vari settori speciali. Anche nel caso dei settori speciali intervengono, infine, modifiche volte a chiarire l'ambito di applicazione della nuova disciplina: la nozione di diritti speciali o esclusivi è, infatti, più articolata rispetto alla precedente direttiva (articolo 4, paragrafo 3).

¹¹³ Per una valutazione della proposta di direttiva sui settori ordinari COM (2011) 896 definitivo, si rimanda a G. FIDONE, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2012, che sostiene che gli spunti di riflessione segnalati dalla Commissione nel Libro verde non sono stati tutti recepiti dalla proposta di direttiva sugli appalti pubblici del 20 dicembre 2011. Ci sono ovviamente passi in avanti e novità di rilievo, ma nel complesso la proposta di direttiva presenta vari punti di timidezza. “Ciò dimostra, ancora una volta, come lungo e sofferto, sia il recepimento di considerazioni ambientali negli appalti pubblici, che si scontra con considerazioni di stampo strettamente economico, legate al breve periodo” e, soprattutto, come sia complesso il passaggio dai documenti interpretativi e di principi agli atti normativi veri e propri. Si veda anche M. COZZIO *Prime considerazioni sulle proposte di direttive europee in tema di public procurement* e E. D'ALEO *La revisione delle direttive sui contratti pubblici: criticità e prospettive in Negoziazioni pubbliche, scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati* (curr.) G. BOTTINO, A. BOTTO, M. CAFAGNO, G. FIDONE, 2013.

In concreto, si è sostanzialmente operata una semplificazione degli adempimenti formali, mediante la messa a disposizione un'ampia gamma di strumenti flessibili che garantiscano la massima adattabilità delle procedure alle esigenze del caso concreto.

Molte sono di conseguenza le novità introdotte in questa direzione dalle nuove direttive: semplificazione, flessibilità e cooperazione nella progressiva definizione dell'oggetto del contratto, sia dal punto di vista della domanda che dal punto di vista dell'offerta.

Una novità sostanziale, sul fronte della flessibilità, è ad esempio rappresentata dall'introduzione - art 29 - della "*procedura competitiva con negoziazione*" che prende il posto della precedente procedura negoziata con pubblicazione di bando.

Si tratta di una procedura ristretta, con selezione qualitativa degli invitati, sulla base di un bando in cui la stazione appaltante precisa l'oggetto del contratto individuando solo i bisogni e le caratteristiche richieste, e contestualmente formula i criteri di aggiudicazione.

La specificazione viene poi riservata alla successiva negoziazione con gli offerenti.

Altro istituto innovativo e rilevante sotto il profilo della tutela dell'interesse ambientale verde" è quello delle "*Consultazioni preliminari di mercato*", previsto dall'art. 40 della direttiva 24, a cui la stazione appaltante può ricorrere per condurre consultazioni di mercato preliminari in vista della definizione dei documenti di gara e per informare gli operatori del proprio programma, onde acquisire indicazioni e consigli dagli stessi operatori di mercato.

La disciplina delle consultazioni preliminari di mercato è completata dalla previsione del principio dettato dall'art. 41 per il quale, a condizione che la

stazione appaltante abbia adottato idonee misure per garantire la parità di informazioni tra i partecipanti, non può essere disposta l'esclusione del partecipante motivata da un suo coinvolgimento nelle consultazioni preliminari.

Altra innovazione rilevante per le possibili ricadute ambientali è quella relativa al “*partenariato per l'innovazione*”, procedura introdotta *ex novo* che consente alle amministrazioni di sviluppare in prima persona prodotti non disponibili sul mercato, instaurando un partenariato con un solo partner o con più operatori che opereranno separatamente; caratteristiche che, insieme alla previsione sin dall'origine della concreta realizzazione di un determinato prodotto all'esito della procedura, si differenzia dall'appalto pre-commerciale.

Già previsto dalla proposta di direttiva all'art. 29, in risposta al quesito n. 93 del Libro verde (“*Ritenete che altre procedure potrebbero soddisfare meglio il requisito del sostegno all'innovazione tutelando soluzioni originali? In caso affermativo, quale tipo di procedure sarebbe più adeguato?*”), questo nuovo istituto viene ora strutturato in modo più organico e articolato e trova la sua regolamentazione nell'art. 31 della direttiva 2014/24/UE.

È la forma più innovativa, attraverso la quale la pubblica amministrazione è chiamata ad esprimere le sue potenzialità, dando attuazione ad uno dei principi cardine della Strategia Europa 2020 a proposito di “ricerca ed innovazione”.

Il partenariato per l'innovazione è una procedura introdotta *ex novo* che consente alle amministrazioni di sviluppare “in prima persona” prodotti innovativi non acquisibili sul mercato.

Come evidenziato, l'istituto in commento si distingue dagli appalti pre-commerciali per servizi di R&S analizzati poco sopra e esclusi dalla direttiva, la cui finalità essenziale è sviluppare servizi di ricerca e sviluppo con

condivisione dei rischi (la ricerca può essere costosa e dall'esito incerto).

Gli appalti pre-commerciali comprendono infatti attività che vanno dalla ricerca teorica ed applicata, alla predisposizione di soluzioni operative sino alla realizzazione di prototipi.

Restano, quindi, escluse le attività di sviluppo commerciale e i risultati innovativi eventualmente raggiunti possono essere utilizzati dalla generalità dei soggetti, non essendo prevista una privativa in favore delle stazioni appaltanti.

Il partenariato per l'innovazione invece, anche se similmente agli appalti pre-commerciali si struttura in più fasi, è una specifica procedura d'appalto e risponde ad un'esigenza d'innovazione più circoscritta (negli appalti pre-commerciali l'Amministrazione stimola un'attività di ricerca e sviluppo che dovrebbe auspicabilmente portare ad esiti sostenibili sul mercato mentre nel partenariato per l'innovazione si prevede fin dall'inizio la concreta realizzazione del prodotto), che comprende sia lo sviluppo di prodotti, servizi o lavori innovativi che il loro successivo acquisto, a condizione che tali beni, servizi e lavori possano essere realizzati nel rispetto dei livelli di prestazione e dei costi già concordati, senza necessità di bandire una separata gara.

L'amministrazione può decidere di instaurare un partenariato con un solo partner o con più operatori che condurranno separatamente le proprie attività di ricerca e sviluppo.

In definitiva: può tranquillamente concludersi che, effettivamente, le nuove direttive mettono a disposizione, anche sotto il profilo delle disposizioni indirettamente collegate al GPP, strumenti idonei per conseguire la concreta attuazione dei contratti verdi lungo l'asse della flessibilità e dell'innovazione.

Si vedrà però, con specifico riferimento all'Italia, che il legislatore nazionale, che pure ha meritoriamente recepito tutti gli istituti innovativi previsti dalle

nuove direttive, ha però introdotto elementi di limitazione della discrezionalità delle stazioni appaltanti che poco si conciliano, almeno in via di principio, con la flessibilità; un'operazione che suscita più di una perplessità, perché non c'è flessibilità delle procedure senza discrezionalità delle stazioni appaltanti.

5.2. Le disposizioni di dettaglio.

Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni recano importanti novità e modifiche rilevanti rispetto alla disciplina abrogata tra cui, come abbiamo già sottolineato in più punti, l'osservanza delle disposizioni in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro¹¹⁴ che si configurano come diramazioni e applicazioni di una *ratio fundamentalis* sottesa alle nuove Direttive¹¹⁵.

Al fine di evidenziarne gli aspetti innovativi, si procederà, come per le Direttive del 2004, ad analizzare i singoli elementi di novità, in correlazione ai segmenti procedurali delle procedure evidenziali.

a) Il costo del ciclo di vita.

La novità assoluta delle direttive del 2014 riguarda il riferimento al concetto di *life cycle costing* (LCC).

Il concetto di “*life cycle*” è un concetto presente da molto tempo nel dibattito comunitario¹¹⁶.

Già il Libro verde del 2011 si interrogava sul suo possibile ruolo anzi, per la

¹¹⁴ C. RANGONE, *Analogie e differenze tra vecchia e nuova disciplina dei settori classici*, Conferenza “2014: l'anno delle Direttive”, organizzata dall'Istituto Grandi Infrastrutture (IGI), tenutasi a Roma il 27 gennaio 2014.

¹¹⁵ V. CAPUZZA, *I requisiti di ordine generale nelle nuove Direttive europee sui contratti pubblici*, Conferenza “Contratti pubblici: inizia il viaggio all'interno delle direttive” organizzata dall'Istituto Grandi Infrastrutture (IGI), tenutasi a Roma il 6 maggio 2014, pp. 5 e 9.

¹¹⁶ Sul tema, a livello di elaborazione dottrinale europea, cfr. D. DRAGONS – B. NEANTU, *Sustainable public procurement: life cycle costing in the new directives*, EPPL, 2013; O. PERERA – B. MORTON – T. PERFREMENT, *Life cycle costing in sustainable public procurement: a question of value*, 2009; C. MCCRUDDEN, *Using public procurement to achieve social outcomes*, 2004; B. E. TYSSSELAND, *Life cycle cost based procurement decisions. A case study of Norwegian defense procurement projects*, 2008.

precisione, sul ruolo del relativo costo¹¹⁷.

La direttiva 2014/24/UE ha però il merito di codificare più chiaramente e in modo più ampio la dimensione dell'elemento "costo", includendo espressamente i costi ambientali e sociali all'interno della nozione di "*costo del ciclo di vita*" che, se non è l'unico approccio di costo possibile, sicuramente dovrebbe risultare l'archetipo di tale modo di approcciare la parte economica dell'offerta.

L'art. 68 e il Considerando (96) della Direttiva 2014/24 sono dedicati interamente a questo nuovo concetto.

L'art. 68, paragrafo 1, prevede infatti che "*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: i) costi relativi all'acquisizione; ii) costi connessi all'utilizzo, quali consumo di energia e altre risorse; iii) costi di manutenzione; iv) costi relativi al fine vita, come i costi di raccolta e di riciclaggio; b) costi imputati a esternalità ambientali legate ai prodotti, servizi o lavori nel corso del ciclo di vita, a condizione che 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*".

L'elenco dell'art. 68 sembra essere non tassativo¹¹⁸.

¹¹⁷ Quesito n. 73 del Libro verde cit. "A parer vostro dovrebbe essere obbligatorio tener conto dei costi del ciclo di vita al momento di determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa, soprattutto nel caso dei grandi progetti? In caso affermativo, ritenete necessario/opportuno che i servizi della Commissione elaborino una metodologia per determinare i costi del ciclo di vita?"

¹¹⁸ N. SPIEGEL, M. URBANI La "modernisation" des règles européennes sur les marchés publics: la nouvelle directive 2014/24/UE, in *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 4-2014.

Le stazioni appaltanti, infatti, potrebbero considerare qualsiasi altro costo legato ai lavori, servizi o forniture richiesti, sempre che esso sia legato al ciclo di vita dei prodotti che rientrano nella commessa pubblica e che il valore monetario dei costi esterni possa essere determinato e verificato.

Il considerando (96) si pone sul medesimo crinale, esprimendo la necessità che tali misure settoriali vengano integrate da un adeguamento delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE che consenta alle amministrazioni aggiudicatrici di *“perseguire gli obiettivi della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva nelle loro strategie di acquisto. Occorre pertanto chiarire che, tranne se la valutazione è basata esclusivamente sul prezzo, le amministrazioni aggiudicatrici possono determinare l’offerta economicamente più vantaggiosa e il costo più basso ricorrendo a un approccio basato sui costi del ciclo di vita. Il concetto di costo del ciclo di vita comprende tutti i costi che emergono durante il ciclo di vita dei lavori, delle forniture o dei servizi. Il concetto abbraccia i costi interni, come le ricerche da realizzare, lo sviluppo, la produzione, il trasporto, l’uso e la manutenzione e i costi di smaltimento finale ma può anche abbracciare costi imputabili a esternalità ambientali quali l’inquinamento causato dall’estrazione delle materie prime utilizzate nel prodotto ovvero causato dal prodotto stesso o dalla sua fabbricazione, a condizione che possano essere monetizzati e controllati”*.

E’, quindi, chiaro che il costo del ciclo di vita è destinato a coprire la gran parte dei costi sostenuti dalla stazione appaltante relativi all’acquisizione, all’utilizzo, alla manutenzione e al riciclaggio, oltre che di quelli imputabili alle esternalità ambientali, come quelli connessi ai gas ad effetto serra ed altre emissioni di inquinanti.

La nuova disciplina ricomprende chiaramente quindi anche i “costi esterni”, ed è una novità significativa, dato che nelle comunicazioni e nelle guide della Commissione (oltre che nella direttiva 18) venivano presi in considerazione solo i “costi interni”.

L’art 67 comma 2 della direttiva 2014/24, anche in relazione al criterio del “costo” più basso, offre alle stazioni appaltanti una ulteriore opportunità di tenere conto di considerazioni ambientali, peraltro in una fase delicata e importante, quella della valutazione comparativa delle offerte.

Per la determinazione del “costo” più basso, infatti, si segue l’approccio costo-efficacia, in conformità al Considerando 96.

Secondo l’art 68 citato, però, ed è questo l’aspetto più rilevante, nella determinazione di tale costo l’amministrazione può fare riferimento anche agli effetti esterni del bene o del servizio sull’ambiente (c.d. esternalità ambientali), purché il danno ambientale possa essere quantificato in termini monetari (art 68 comma 2) ed il metodo impiegato per la valutazione dei costi sia basato su criteri oggettivi, verificabili e non discriminatori, e sia accessibile a tutte le parti interessate.

La definizione del costo del ciclo di vita di cui all’art. 2 della Direttiva, inoltre, ha un contenuto molto ampio, comprendente “...*tutte le fasi consecutive e/o interconnesse compresi la ricerca e lo sviluppo da realizzare, la produzione, gli scambi e le relative condizioni, il trasporto, l’utilizzazione e la manutenzione, della vita del prodotto o del lavoro o della prestazione del servizio, dall’acquisizione della materia prima o dalla generazione delle risorse fino allo smaltimento, allo smantellamento o alla fine del servizio o dell’utilizzazione*”.

La dimensione del costo ambientale diviene, così, possibile criterio di

aggiudicazione autonomo (possibile anche al di fuori dell'offerta economicamente più vantaggiosa) ed alternativo al criterio del solo "prezzo".

Sempre riguardo al *life cycling cost*, bisogna notare che la stessa direttiva ("Considerando 39") auspica l'utilizzo di un approccio per il calcolo dei costi di vita, tale da rendere maggiormente significativo il ruolo degli appalti pubblici a sostegno della crescita sostenibile.

b) Le specifiche tecniche.

Le specifiche tecniche rappresentano uno degli strumenti più efficaci per l'integrazione dell'integrazione degli interessi ambientali negli appalti pubblici.

Le nuove Direttive, a tale fine, hanno implementato il ricorso ai C.A.M., rendendone obbligatoria la loro applicazione, in attuazione di quanto previsto dal Libro verde del 2011.

Infatti, il 66% dei C.A.M. sono racchiusi nelle specifiche tecniche, mentre soltanto il 45% nei criteri di aggiudicazione ed il 29% nelle condizioni di esecuzione¹¹⁹.

Inoltre, le specifiche tecniche possono fare riferimento sia alla fase finale del lavoro, del servizio o del prodotto, ma anche al processo di produzione oppure al metodo.

Un esplicito riconoscimento, per tutti i tipi di contratto, sulla possibilità di includere nelle specifiche tecniche il collegamento con il processo produttivo o con ogni altra fase del *life cycle cost* è contenuto nell'art. 32 della direttiva 2014/24/UE.

Con tale previsione, come evidenziato, il Legislatore comunitario fornisce la risposta ai quesiti formulati dalla Commissione nel Libro Verde del 2011, circa

¹¹⁹ M. ESSIG - J. FRIJDAL - W. KAHLENBORN - C. MOSER, *Strategic use of public procurement in Europe. Final report to the European Commission*, 2011.

l'opportunità di favorire un uso dei contratti pubblici strategicamente orientato alla tutela dell'ambiente, ampliando il margine di apprezzamento delle stazioni appaltanti sul "come acquistare".

A tal riguardo va anche rilevato il principale limite della direttiva 2014/24/UE, la quale non ha introdotto prescrizioni obbligatorie sul: "che cosa acquistare".

Il Considerando (95), a questo proposito, è chiaro nel dare atto che: *"Tenuto conto delle sensibili differenze tra i singoli settori e mercati, non sarebbe tuttavia opportuno fissare requisiti obbligatori generali per gli appalti in materia ambientale, sociale e di innovazione.*

Il legislatore dell'Unione ha già fissato requisiti obbligatori in materia di appalti volti ad ottenere obiettivi specifici nei settori dei veicoli per il trasporto su strada (direttiva 2009/33/CE del Parlamento europeo e del Consiglio¹²⁰ e delle apparecchiature da ufficio (regolamento (CE) n. 106/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio)¹²¹... Pertanto, appare opportuno proseguire su questa strada, lasciando che sia la normativa settoriale specifica a fissare obiettivi e prospettive vincolanti in funzione delle particolari politiche e condizioni vigenti nel settore pertinente..."

Hanno, quindi, prevalso le preoccupazioni che un approccio basato su obblighi generali a livello di direttiva aveva suscitato, come il rischio di una limitazione della concorrenza; la riduzione del margine di apprezzamento delle stazioni appaltanti; un aumento del carico amministrativo per i poteri pubblici e per i privati operatori, facendo evidentemente maggiore presa sulle parti interessate rispetto a una più energica tutela dell'ambiente attraverso la contrattualistica

¹²⁰ Direttiva 2009/33/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, relativa alla promozione di veicoli puliti e a basso consumo energetico nel trasporto su strada (G.U. L. 120 del 15.5.2009, pag. 5).

¹²¹ Regolamento (CE) n. 106/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 gennaio 2008, concernente un programma comunitario di etichettatura relativa ad un uso efficiente dell'energia per le apparecchiature per ufficio (G.U. L. 39 del 13.2.2008, pag. 1).

pubblica¹²².

Come evidenziato, la nuova Direttiva ha dato più spazio alla prima alternativa, quella riferita al “come acquistare” e ha quindi previsto regole che permettono ai poteri pubblici una maggiore flessibilità nel tenere conto di parametri ambientali e sociali nelle proprie procedure di aggiudicazione, rimettendo quindi alle scelte discrezionali delle stazioni appaltanti il compito di perseguire l’uso strategico degli appalti ai fini della tutela concreta dell’interesse ambientale.

Lo strumento principale utilizzato in tal senso è proprio la soppressione del confine legame tra specifiche tecniche/criteri di aggiudicazione e oggetto del contratto.

Quanto in particolare all’allentamento del vincolo tra specifiche tecniche “verdi” e oggetto del contratto, la nuova direttiva 24 non considera più il contenuto materiale come elemento determinante per la sua sussistenza.

L’art 42, par.1, infatti, dispone che: *“le specifiche tecniche possono inoltre riferirsi allo specifico processo o metodo di produzione o fornitura dei lavori, delle forniture o dei servizi richiesti, o a uno specifico processo per un’altra fase del suo ciclo di vita anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale, purché siano collegati all’oggetto dell’appalto e proporzionati al suo valore e ai suoi obiettivi”*.

Il contenuto materiale è stato, quindi, rimpiazzato dal ciclo di vita, di portata indubbiamente più ampia, all’interno della quale ben può essere ricompresa la fase della “commercializzazione”, prima ricondotta nella categoria delle condizioni di esecuzione dell’appalto e, quindi, ritenuta non contemplabile

¹²² Si veda anche T. KOTSONIS, *Green paper on the modernisation of EU public procurement policy*, PPLR, n.3/2011, p. NA51.

nella definizione delle specifiche tecniche di base ambientali, pena l'illegittimità delle stesse per mancanza di collegamento con l'oggetto del contratto.

Analogamente infondato si è rivelato il rischio che l'introduzione, nell'art. 42 della Direttiva, del requisito della proporzionalità delle specifiche tecniche "ambientali" al valore e agli obiettivi dell'appalto potesse vanificare lo sforzo di allargamento dei margini operativi conseguito attraverso l'ampliamento della nozione di collegamento con l'oggetto del contratto.

La Corte di giustizia, infatti, in una recente sentenza riguardante un appalto avente ad oggetto l'acquisto di forniture mediche¹²³, si è espressa nel senso che *“gli articoli 18 e 42 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che tali disposizioni non impongono all'amministrazione aggiudicatrice, in sede di determinazione delle specifiche tecniche, di far prevalere, per principio, o l'importanza delle singole caratteristiche degli apparecchi medici, o l'importanza del risultato del funzionamento di tali apparecchi, ma esigono che le specifiche tecniche, nel loro insieme, rispettino i principi della parità di trattamento e di proporzionalità. Spetta al giudice del rinvio valutare se, nella controversia di cui è investito, le specifiche tecniche in questione rispettino tali obblighi”*.

In sostanza, quindi, la Corte europea ha interpretato la disposizione in questione in un modo tale che, l'introduzione degli ulteriori requisiti contenuti nell'art. 42 in commento, non si configura tanto come la imposizione di ulteriori limiti ulteriori alla introduzione di considerazioni ambientali nelle

¹²³ Sentenza della Corte (Nona Sezione) del 25 ottobre 2018 (istanza di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Lietuvos Aukščiausiasis Teismas — Lituania) — procedimento promosso da «Roche Lietuva» UAB.

specifiche tecniche, ma piuttosto come una mera codificazione di principi generali - di proporzionalità e di parità di trattamento - da sempre presenti nell'ordinamento comunitario e relativi all'attività amministrativa in generale, la cui sussistenza va accertata caso per caso dal giudice della controversia, e la cui operatività non sarebbe certo venuta meno in assenza di una esplicita norma di legge.

c) I criteri di aggiudicazione.

Il criterio di aggiudicazione che consente una maggiore efficacia dell'inclusione dei valori ambientali è certamente quello rappresentato dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (OEPV) o *most economically advantageous tender* (MEAT) individuato dalle Direttive del 2014 come criterio principale per l'affidamento delle commesse pubbliche.

Secondo l'art. 67 della direttiva tale criterio deve essere identificato sulla base del prezzo o del costo secondo l'approccio costi-benefici, come il *life cycle costing* e può includere il c.d. *best price-quality ratio*, considerando i profili qualitativi, ambientali e/o sociali, connessi all'oggetto del contratto in questione.

E', quindi, chiaro che la connessione con l'oggetto del contratto, introdotto dapprima in via giurisprudenziale nel caso *Concordia Bus*, è stata definitivamente recepita nelle direttive con il riferimento addizionale al costo del ciclo di vita (cfr. art. 67, 3).

Passando al tema della valutazione comparativa delle offerte, va innanzitutto rilevato che l'impiego di criteri ambientali nella fase di aggiudicazione può spingere le aziende a presentare offerte che vadano al di là di quanto previsto nelle specifiche tecniche di base, promuovendo, ancora di più rispetto a queste ultime, l'introduzione di prodotti eco-innovativi sul mercato.

Ciò in conseguenza di una evidente relazione intercorrente tra le specifiche tecniche ed i criteri di aggiudicazione, per il quale, in considerazione del fatto che i criteri di aggiudicazione devono consentire di valutare la qualità della prestazione offerta in relazione all'oggetto così come definito dalle specifiche tecniche, la determinazione dei primi viene inevitabilmente a dipendere dalle seconde.

L'esistenza di questo rapporto tra specifiche tecniche di base e specifiche tecniche premianti ha fatto sì che l'art. 67 paragrafo 3 della direttiva 24, che si occupa della connessione della connessione dei criteri di aggiudicazione all'oggetto del contratto, si esprimesse sostanzialmente con la stessa formula, *mutatis mutandis*, dell'art 42 precedentemente esaminato.

Se, infatti, con le direttive del 2004, considerato che le specifiche tecniche dovevano riferirsi al contenuto materiale dell'appalto, anche i criteri di attribuzione dovevano a loro volta fare riferimento al contenuto sostanziale del prodotto oggetto del contratto da aggiudicare, con le nuove direttive *“i criteri di aggiudicazione sono considerati connessi all'oggetto dell'appalto ove riguardino lavori, forniture o servizi da fornire nell'ambito di tale appalto sotto qualsiasi aspetto e in qualsiasi fase del loro ciclo di vita, compresi fattori coinvolti nel processo specifico di produzione, fornitura o scambio di questi lavori, forniture o servizi, o in un processo specifico per una fase successiva del loro ciclo di vita, anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale”*.

Si può, pertanto, sostenere che le Direttive del 2014 hanno fatto un deciso passo in avanti sulla strada del GPP, insomma, anche i criteri di aggiudicazione sono da considerarsi legati all'oggetto del contratto se riguardano qualsiasi aspetto del ciclo di vita degli stessi prodotti acquistati; anche in questo caso,

inoltre, il principio del collegamento dei criteri verdi con l'oggetto del contratto esce solo ridimensionato, e non eliminato.

Tanto trova conferma nel Considerando 97 della Direttiva 2014/24, secondo la quale: *"...la condizione di un collegamento con l'oggetto dell'appalto esclude criteri e condizioni riguardanti la politica aziendale generale, che non può essere considerata un fattore che caratterizza il processo specifico di produzione o fornitura dei lavori, delle forniture o dei servizi oggetto dell'acquisto"*.

Sempre sul tema dei criteri di aggiudicazione troviamo, al par. 2 dello stesso art. 67, una disposizione innovativa, che, all'insegna della flessibilità, pare riferirsi direttamente alle singole stazioni appaltanti (facendo riferimento all'incipit dello stesso par. 2) e, quindi, sancire la facoltà di queste ultime di basare la competizione solo su criteri qualitativi, tenendo fermo il prezzo o costo fissato.

Tale disposizione, insieme all'introduzione del criterio del costo del ciclo di vita, forniscono la prova dell'ormai certo maggiore *favor* del Legislatore comunitario per la valutazione della qualità delle offerte presentate e, di conseguenza, anche per le considerazioni di carattere ambientali e, che trovano la propria collocazione naturale proprio tra gli elementi qualitativi dell'offerta.

Una sensazione confermata dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea¹²⁴ che, chiamata ad esprimersi su alcune questioni sollevate dal giudice del rinvio, ed in particolare sul se *"l'articolo 66 della direttiva 2014/24 debba essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale, come quella di cui*

¹²⁴ Causa C-546/16 avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dall'Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Organo amministrativo competente in ambito di ricorsi relativi ad appalti pubblici della Comunità autonoma dei Paesi Baschi, Spagna)], con decisione del 21 ottobre 2016, pervenuta in cancelleria il 28 ottobre 2016

trattasi nel procedimento principale, che autorizza le amministrazioni aggiudicatrici ad imporre, nel capitolato d'oneri di una gara d'appalto con procedura aperta, requisiti minimi per la valutazione tecnica, cosicché le offerte presentate che, al termine di tale valutazione, non raggiungono una soglia di punteggio minima prestabilita sono escluse dalle successive fasi di aggiudicazione dell'appalto, e ciò a prescindere dal numero di offerenti rimasti", ha statuito che: "L'articolo 66 della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che autorizza le amministrazioni aggiudicatrici ad imporre, nel capitolato d'oneri di una gara d'appalto con procedura aperta, requisiti minimi per la valutazione tecnica, cosicché le offerte presentate che, al termine di tale valutazione, non raggiungono una soglia di punteggio minima prestabilita sono escluse dalle fasi successive dell'aggiudicazione dell'appalto, e ciò a prescindere dal numero di offerenti restanti".

Strettamente connesso con il tema dell'aggiudicazione è quello delle varianti offerte dai concorrenti in gara, che la direttiva regola nell'art. 45.

Il Considerando 48 della Direttiva 24/2014, infatti, afferma che, in considerazione dell'importanza dell'innovazione, occorre incoraggiare le amministrazioni aggiudicatrici a consentire la presentazione di varianti, nello stesso tempo imponendo di definire i requisiti minimi che le varianti devono soddisfare.

In particolare, la direttiva stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici possono autorizzare o esigere la presentazione da parte degli offerenti di varianti, prevedendolo negli atti di gara (art. 45, par. 1); le varianti devono comunque essere collegate all'oggetto dell'appalto e le amministrazioni

indicano i requisiti minimi che le varianti medesime devono rispettare e le modalità specifiche per la presentazione (par. 2). Solo le varianti che rispondono ai requisiti minimi prescritti dalle amministrazioni aggiudicatrici sono prese in considerazione (par. 3).

Le amministrazioni garantiscono altresì che i criteri di aggiudicazione scelti possano essere applicati alle varianti che rispettano tali requisiti minimi e alle offerte conformi che non sono varianti (par. 2).

Da ultimo, ma non per importanza, è alquanto innovativa ed estremamente stimolante l'ulteriore previsione secondo cui gli atti di gara indicano se le varianti possono essere presentate solo ove sia presentata anche un'offerta che è diversa da una variante (par. 2).

Va pure ribadito al riguardo che i criteri ambientali possono includere le esternalità connesse all'utilizzo del prodotto, le esternalità connesse con la produzione ed il c.d. costo del ciclo di vita (utilizzo, manutenzione).

Il problema da affrontare, lasciato irrisolto dalla Corte di giustizia, riguarda la questione se il criterio di aggiudicazione debba conferire un qualche vantaggio direttamente all'amministrazione aggiudicatrice o se i vantaggi possano essere riferibile alla collettività. La soluzione che fa riferimento al pubblico interesse sembra essere quella più in linea con la filosofia degli appalti pubblici sostenibili.

d) I criteri di selezione.

Anche tali criteri possono rappresentare strumento di tutela dell'interesse ambientale.

Innanzitutto, va rilevato che le nuove Direttive contengono alcune eccezioni al divieto generale di non discriminazione degli operatori economici.

Le eccezioni in esame riguardano la possibilità di riservare affidamenti a

categorie speciali di operatori economici come quelli previsti dall'art. 20 della direttiva 2014/24/UE che prevede delle riserve per operatori di impresa che impieghino lavoratori disabili o socialmente svantaggiati.

A tal proposito, il Considerando 37 afferma che *“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...”*.

In linea di continuità, l’articolato della direttiva, nel capo “Disposizioni generali”, all’art. 18 (Principi per l’aggiudicazione degli appalti), par. 2, prevede che *“Gli Stati membri adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell’esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell’Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell’allegato X”*.

Pertanto, con le nuove Direttive, il rispetto degli obblighi ambientali e sociali ha assunto il ruolo di principio generale che impone agli Stati membri una vera e propria “obbligazione di mezzi”, caricandoli di una grande responsabilità.

Proprio partendo dalla natura di principio generale e trasversale all’aggiudicazione degli appalti pubblici, si è prevista la possibilità, per gli Stati membri, di introdurre disposizioni *ad hoc* lungo tutto il corso della procedura.

Invero, a ben vedere, l’art. 18 attribuisce un particolare *favor* per l’introduzione

da parte degli ordinamenti nazionali di tutte le misure ritenute appropriate al fine di far rispettare gli obblighi qui menzionati.

In tal senso è anche l'art. 57 che prevede la possibilità di escludere il soggetto che non risulti in regola nell'adempimento dei contributi di sicurezza sociale.

Così, più in generale, il nuovo quadro normativo consente alla stazione appaltante di escludere operatori economici in tutti quei casi in cui sia stata dimostrata la violazione di obbligazioni ambientali e sociali previste dal diritto dell'Unione europea, dal diritto nazionale, dai contratti collettivi o dal diritto internazionale (cfr. Allegato X)¹²⁵.

Si tratta, dunque, di importanti strumenti a disposizione delle stazioni appaltanti, chiarito anche dal Considerando 40¹²⁶.

In conclusione, va fatto riferimento anche ai motivi di esclusione facoltativi, tra i quali l'articolo 57 par. 4 introduce un motivo che la Direttiva 2004/18 non prevedeva.

La nuova norma così dispone: *“Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni: a) ove l'amministrazione aggiudicatrice possa dimostrare con qualunque mezzo adeguato la violazione degli obblighi applicabili di cui all'art. 18, paragrafo 2...”*.

La differenza tra questa disposizione e le precedenti è evidente.

In materia ambientale infatti non è più richiesta una sentenza definitiva che

¹²⁵Art. 57(4) in combinato disposto con l'art. 18(2) della direttiva 2014/24/UE.

¹²⁶ *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.*

incida sulla moralità professionale dell'operatore, con tutti i problemi anche interpretativi richiamati nel secondo capitolo di questa trattazione; inoltre l'art. 57, par. 4, consente esplicitamente agli Stati membri di trasformare il motivo di esclusione in questione da facoltativo a obbligatorio, al contrario delle disposizioni della direttiva 18 che prevedevano solo la facoltà di esclusione per i motivi richiamati.

e) L'esecuzione dell'appalto.

L'articolo 70 della Direttiva 24/2014 con la quale si apre il capo IV dedicato all' *"esecuzione dell'appalto"* dispone che: *"le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere condizioni particolari in merito l'esecuzione dell'appalto purché collegate all'oggetto dell'appalto ai sensi dell'articolo 67 paragrafo 3 e indicata nell'avviso di indizione di una gara o nei documenti di gara dette condizioni possono comprendere le considerazioni economiche legate all'innovazione di ordine ambientale sociale relativa all'occupazione"*.

In altri termini, a determinate condizioni, specificate preventivamente nei documenti di gara, il Legislatore ha inteso ricomprendere all'interno delle logiche concorrenziali caratterizzanti la disciplina dei contratti pubblici anche valori comuni diversi da quelli prettamente economici come quello della tutela dell'interesse ambientale.

È possibile, quindi, sostenere che la nuova disciplina contenuta nella direttiva 24/2014 e le scelte politiche che ne sono alla base si ritiene ulteriormente rafforzano ulteriormente l'orientamento secondo il quale gli appalti sono tra gli strumenti per realizzare le politiche ambientali comunitarie.¹²⁷

A ciò si aggiunga che, contrariamente alle Direttive del 2004, la nuova

¹²⁷ A. CICCHINELLI, *L'esecuzione dei contratti e la tutela ambientale* in *Giust. Amm.*, anno XVIII, febbraio 2021.

disciplina dettaglia specificatamente quali sono le esigenze e/ considerazioni ambientali, indicando alle stazioni appaltanti quali potrebbero essere le ulteriori condizioni previste dall'art. 70.

In particolare, il Considerando 97 prevede che le stazioni appaltanti possono richiedere, all'interno del ciclo vita della prestazione richiesta, condizioni per le quali: *“la fabbricazione dei prodotti acquistati non comporti l'uso di sostanze chimiche tossiche o che i servizi acquistati siano forniti usando macchine efficienti dal punto di vista energetico”* oppure condizioni di esecuzione dell'appalto relative a: *“l'imballaggio la fornitura e lo smaltimento dei prodotti e per quanto riguarda gli appalti di lavori e servizi la riduzione al minimo dei rifiuti o l'uso efficiente delle risorse”*.

Tanto, in attuazione del già citato Considerando 91 laddove si afferma che le nuove direttive hanno quale scopo quello di chiarire: *“in che modo le amministrazioni aggiudicatrici possono contribuire alla tutela dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile”*.

La differenza principale dell'includere i criteri ambientali nelle specifiche tecniche piuttosto che nelle condizioni di esecuzione si individua nella considerazione che in quest'ultime, a differenza delle prime, non è permesso escludere i concorrenti sulla base di potenziali inadempimenti.

La scelta di inserire criteri di ordine ambientale nelle condizioni di esecuzione del contratto presenta però evidenti criticità, poiché la semplice dichiarazione dei concorrenti di adempiere determinate obbligazioni non assicura di fatto che ciò avvenga. Tale possibilità può condurre al risultato per cui l'esecuzione del contratto di appalto può essere compromessa se i costi di *compliance* dovessero

superare il margine di profitto raggiunto dal concorrente aggiudicatario¹²⁸.

f) Le norme di gestione ambientale.

Concludiamo l'esame delle disposizioni della Direttiva n. 24 relative al tema degli appalti verdi: le etichettature e le norme di gestione ambientale.

Va subito rilevato che le nuove disposizioni non hanno una portata particolarmente innovativa rispetto a quelle contenute nella Direttiva 2004/18/CE.

Ad ogni modo va evidenziato che le etichettature sono disciplinate dall'art. 43 della Direttiva n. 24 che espressamente prevede la possibilità di esprimere le specifiche tecniche per mezzo del ricorso alle eco-etichettature.

I richiami a Ecolabel¹²⁹ sono gli stessi della direttiva 18¹³⁰, così come le cautele per il collegamento con l'oggetto del contratto, per la parità di trattamento, la tutela della concorrenza e quindi il principio di equivalenza già esposto a suo tempo.

La direttiva 2014/24/UE prevede la possibilità di far riferimento nelle specifiche tecniche a specifiche etichette ambientali o sociali.

Le eco-etichette possono prendere in considerazione la *performance* ambientale ed i requisiti funzionali indicati attraverso il rinvio alle prescrizioni delle stesse.

Per i prodotti provvisti di eco-etichette opera la presunzione di conformità, salva comunque la possibilità di fornire *aliunde* la prova della rispondenza ai requisiti ambientali richiesti.

Il sistema delle etichette è regolamentato dal regolamento 2010/66/EC. Si tratta di uno schema volontario avente la finalità di promuovere prodotti con alti

¹²⁸ G. CREPALDI, *L'esecuzione del contratto*, in C.E. GALLO, *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Torino, 2014.

¹²⁹ Si veda il considerando (75) della direttiva 2014/24/UE.

¹³⁰ Si veda l'art. 23 par. 6 della direttiva 2004/18/CE.

livelli di compatibilità ambientale. Ad ogni modo, la stazione appaltante può indicare etichettature equivalenti, dal momento che l'imposizione dell'utilizzo di determinate *eco-labels* avrebbe il rischio di limitare la concorrenza tra operatori economici.

Per quanto riguarda le norme di gestione ambientale esse trovano posto all'art. 62 della nuova Direttiva¹³¹ che le include tra i criteri di selezione dei partecipanti, coerentemente con quanto avveniva nella direttiva 18 all'art. 50.

Il paragrafo 2 dell'art. 62 della direttiva 24 che prevede che *“le amministrazioni aggiudicatrici accettano anche altre prove documentali delle misure di gestione ambientale”* per gli operatori economici che non hanno la possibilità di ottenere tali certificati entro i termini richiesti, per motivi non imputabili agli stessi, o per gli operatori economici che abbiano dimostrato di non avere “accesso” a tali certificati, a condizione che gli stessi possano dimostrare che le misure documentate con prove alternative alle certificazioni siano equivalenti a quelle richieste nel quadro del sistema o della norma di gestione ambientale applicabile.

Da tale previsione emerge la volontà del Legislatore europeo di favorire l'ampliamento della concorrenza mediante il richiamo al principio dell'equivalenza dei sistemi di gestione ambientale.

6. La Direttiva 2014/23/UE sulle Concessioni.

L'adozione della Direttiva in rubrica costituisce un'importante novità della novella normativa del 2014.

Anche in questo caso, le ragioni dell'introduzione di tale novità nel nuovo

¹³¹ Vedasi il Considerando (88) della direttiva 2014/24/UE.

contesto normativo si rinvengono nel lungo dibattito precedente l'adozione delle direttive del 2014, in particolare nell'Atto per il mercato unico del 2011, nel quale le concessioni venivano menzionate come la principale forma di partenariato pubblico-privato.

Con tale documento, nell'ottica di consentire una maggiore certezza giuridica la Commissione auspicava, per la prima volta, l'adozione di un quadro giuridico di riferimento anche per le concessioni.

Un ampliamento rispetto alla proposta originaria della Commissione c'è stato, ad esempio, con riguardo al tema delle esclusioni dalla direttiva, che riguardano: l'acquisto o la locazione di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili; l'acquisto, lo sviluppo, la produzione o co-produzione di programmi destinati ai servizi di media audiovisivi o radiofonici; i servizi legali; la protezione civile (art. 10); le concessioni aggiudicate a un'impresa collegata (art. 13); le concessioni *in house* (art. 17).

Ulteriori specifiche esclusioni riguardano il settore idrico, in particolare le concessioni relative alla fornitura 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 per alimentare tali reti con acqua potabile (art. 12).

Tanto premesso, va rilevato che la Direttiva per la prima volta prevede una disciplina unitaria per le concessioni di lavori (in precedenza disciplinate nell'ambito della direttiva 2004/18/CE sugli appalti pubblici) e di servizi alle quali, nella precedente disciplina, si applicavano solo i principi generali del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (libertà di circolazione delle merci, di stabilimento e di fornire servizi, parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, trasparenza e proporzionalità).

Come la direttiva 24/2014 anche la direttiva concessioni è inquadrata nell'ambito del perseguimento degli obiettivi dell'unione attraverso l'uso strategico dei contratti pubblici.

A tal proposito, il Considerando 3 dà atto che: *“i contratti di concessione rappresentano importanti strumenti nello sviluppo strutturale a lungo termine di infrastrutture e servizi strategici, in quanto concorrono al miglioramento della concorrenza in seno al mercato interno, consentono di beneficiare delle competenze del settore privato e contribuiscono a conseguire efficienza e innovazione”*.

In tema di innovazione valgono le stesse affermazioni già riportate sul ruolo dell'innovazione nell'ambito di Europa 2020 e sulle interrelazioni di questi aspetti con il mondo dei contratti pubblici; anzi, valgono a maggior ragione per le concessioni, che spesso sono contratti *“complessi di per sé”*¹³².

Ancora a livello generale, il Considerando 59 chiarisce che: *“nessuna disposizione della presente direttiva dovrebbe vietare di imporre o di applicare misure necessarie alla tutela dell'ordine pubblico, della moralità pubblica e della sicurezza pubblica, della salute della vita umana e animale o alla conservazione delle specie vegetali o altre misure ambientali, in particolare nell'ottica dello sviluppo sostenibile, a condizioni che dette misure siano conformi al TFUE”*.

E ancora, l'art 30 afferma che gli Stati membri: *“adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di contratti di concessione, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da*

¹³² G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, p. 186, Fasc. 1 – 2015.

contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato X”.

La scelta del Legislatore è stata compiuta evidentemente nel segno di una omogeneità della normativa in materia di appalti con quella in materia di concessioni, essendo entrambe ispirate alla medesima logica sottostante¹³³.

Anche le disposizioni puntuali, infatti, riguardano, come negli appalti, l'individuazione delle specifiche tecniche¹³⁴, l'esclusione dalle procedure di gara¹³⁵, l'individuazione dei criteri di aggiudicazione¹³⁶ e l'esecuzione del contratto di concessione; rispetto a quest'ultima fase, il Considerando 72, con particolare riferimento al subappalto, afferma la necessità che anche i subappaltatori osservino gli obblighi vigenti di natura ambientale.

7. Il D.lgs. n. 50/2016.

A seguito dell'adozione delle Direttive del 2014, il Governo italiano ha emanato il D.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016 (*Codice dei contratti pubblici*)¹³⁷.

Il nuovo Codice del 2016, in attuazione delle Direttive recepite, contiene chiaramente un complesso di disposizioni dedicate allo sviluppo sostenibile e alla *green economy* quantitativamente più significativo rispetto al precedente Codice “De Lise”¹³⁸.

a) Le disposizioni di principio.

Di rilievo è, innanzitutto, l'art. 2, comma 2 del Codice del 2006 in virtù del

¹³³ G. FIDONE, *op. cit.*

¹³⁴ Art 36, Direttiva 2014/23/UE

¹³⁵ Considerando 58, direttiva 2014/23/UE.

¹³⁶ Considerando 73 e art 41 par 2, Direttiva 2014/23/UE.

¹³⁷ “Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”. Pubblicato sulla G.U.R.I. 19.04.2016 n. 91.

¹³⁸ S. VILLAMENA, *Codice dei contratti pubblici 2016. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità economicità*, Milano, 2017.

quale “*il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell’ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile*”.

Tale previsione programmatica evidenzia come il ruolo rivestito dalla tutela ambientale sia superiore a quello dell’economicità e il suo rispetto deve essere assicurato in tutte le fasi della procedura, a partire dal momento dell’affidamento e fino a quello dell’esecuzione dell’appalto pubblico o dei contratti pubblici in generale.

In altri termini, il Legislatore nazionale analogamente a quello comunitario, afferma che ogni scelta dell’amministrazione deve essere collegata all’oggetto del contratto e deve essere proporzionata all’attività da compiere.

Tale principio deve essere adottato anche nelle scelte ecologiche dell’ente, sempre nel rispetto della proporzionalità e del collegamento con l’oggetto dell’appalto.

In particolare, la volontà del Legislatore nazionale di dedicare maggiore attenzione al tema degli appalti verdi e dell’ambiente in generale si evince da alcune disposizioni di principio che rappresentano un importante punto di svolta nella disciplina nazionale della tutela ambientale, si tratta nello specifico degli articoli 4 e 30 del nuovo Codice.

Di quest’ultimo rilevano *in primis* i principi sulla base dei quali “*l’affidamento e l’esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi e forniture e concessioni*”¹³⁹ devono essere realizzati, ossia i principi dell’economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità.

¹³⁹ Art. 30, comma 1, D.lgs. n. 50/2016.

Anche l'art. 30 ribadisce che il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti del Codice e della legge, ai criteri ispirati ed esigenze sociali, alla tutela ambientale, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile.

Il successivo comma 3 dell'art. 30 *cit.* ribadisce che: *“nell’esecuzione di appalti pubblici e di concessioni, gli operatori economici rispettano gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell’allegato X”*.

Appare, quindi, chiaro che il rispetto degli obblighi ambientali e sociali è diventato di primaria importanza anche nella disciplina italiana dei contratti pubblici, il rilievo è tale ormai che questo deve essere assicurato in ogni fase della conclusione degli stessi.

La disposizione in commento viene rafforzata dall'art. 4 del D.lgs. n. 50/2016 che fa riferimento ai cd. *“contratti esclusi”*, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione del Codice specificando come questi debbano essere affidati, in ogni caso, sulla base dei principi non solo di economicità, efficacia, trasparenza, proporzionalità e parità di trattamento ma anche di tutela ambientale ed efficienza energetica.

Appare chiara, quindi, l'apertura del Legislatore italiano alla tutela dell'interesse ambientale, mediante l'inserimento all'interno del Codice del 2016 di previsioni generali che impongono alle stazioni appaltanti il rispetto dei criteri ecologici nella nuova normativa relativamente a ogni tipo di contratto, escluso e non.

Questo significa che al momento dell'aggiudicazione di un contratto pubblico le valutazioni della stazione appaltante devono andare oltre le semplici

considerazioni economiche, devono spingersi fino a quelle “qualitative” e compiere una ponderazione di interessi.

b) Le previsioni di dettaglio.

Procedendo, ora all’analisi delle previsioni di dettaglio è possibile identificare anche all’interno del Codice del 2016 delle macroaree in cui si è maggiormente concentrata all’attenzione del Legislatore *in subiecta materia*.

Le c.d. clausole verdi hanno ad oggetto i seguenti ambiti: qualificazione delle stazioni appaltanti; progettazione ed esecuzione degli appalti; dibattito pubblico; criteri ambientali minimi; requisiti generali e qualificazione degli operatori economici; criterio di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa (OEPV); ciclo di vita; garanzie dell’offerta e dell’esecuzione.

In relazione alla qualificazione delle stazioni appaltanti, va rilevato che il Legislatore nazionale ha dettato una disciplina più dettagliata rispetto a quella prevista dalle direttive dell’Unione europea.

L’art. 38 del D.lgs. n. 50/2016 dispone, infatti, che le PP.AA. debbano dimostrare requisiti di organizzazione, professionalità e competenze per poter operare come stazioni appaltanti.

In particolare, l’art. 38, comma 4, lett. b) n. 5, *cit.* prescrive che i requisiti per il conseguimento della qualificazione delle stazioni appaltanti devono essere definiti sulla base di parametri ambientali connessi alla “*applicazione di criteri di sostenibilità ambientale nell’attività di progettazione e affidamento dei contratti pubblici*”.

Si tratta di novità significative che permettono di far sì che le stazioni appaltanti, per qualificarsi ed essere idonee a procedere autonomamente all’acquisizione di beni, servizi, lavori e forniture, senza dover riferirsi a centrali di committenza, rispettino e mostrino sensibilità alle tematiche

ambientali e sociali e attuino durante la loro attività di *procurement*, criteri di sostenibilità ambientale¹⁴⁰

Tuttavia, va segnalato che l'attuazione del sistema di qualificazione veniva demandato dall'ANAC e ad oggi è rimasto parzialmente inattuato¹⁴¹.

Vale la pena evidenziare che l'articolo in commento prescrive il rispetto sia di requisiti base afferenti al procedimento di acquisizione (capacità di programmazione e progettazione – capacità di affidamento – capacità di verifica dell'esecuzione e di controllo della procedura inclusi collaudo e messa in opera), sia di c.d. requisiti premianti tra cui rilevano i criteri di sostenibilità ambientale che si collocano nella fase di progettazione ed affidamento.

Anche l'istituto del dibattito pubblico¹⁴² rappresenta una novità della nuova disciplina dei contratti pubblici.

Il dibattito, infatti, è stato reso obbligatorio in riferimento a progetti di fattibilità di importanti opere infrastrutturali aventi un impatto sull'ambiente e sull'assetto territoriale.

Con il nuovo Codice del 2016 il tema della progettazione acquista grande rilevanza attraverso la previsione di un sistema normativo complesso che definisce puntualmente la verifica dei livelli di progettazione; valorizzazione delle procedure finalizzate alla selezione dei progettisti; concorsi di progettazione per lo sviluppo di soluzioni innovative, la preferenza del criterio dell'OEPV, nel cui ambito i criteri ambientali, come già evidenziato a livello

¹⁴⁰ Vedasi, FIDONE G., MATALUNI F., *Gli appalti verdi nel Codice dei Contratti Pubblici*, in *Riv. quad. dir. amb.*, n. 3, 2016.

¹⁴¹ Di recente, l'ANAC, con Delibera n. 141 del 30 marzo 2022, ha approvato le Linee Guida per la riqualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza sulla base del nuovo sistema che sarà reso operativo al momento della entrata in vigore della riforma della disciplina dei contratti pubblici.

¹⁴² Vedasi, sul nuovo istituto del dibattito pubblico, L. BOBBIO – G. POMATTO, *Il coinvolgimento dei cittadini nelle scelte pubbliche*, 2007; U. ALLEGRETTI, *Basi giuridiche della democrazia partecipativa in Italia: alcuni orientamenti*, 2006; L. BOBBIO – S. RAVAZZI, *Cittadini comuni e decisioni pubbliche. L'esperienza di una giuria di cittadini*, 2006.

unionale, potranno assumere un peso specifico decisivo.

Per quanto attiene alla disciplina dei criteri ambientali minimi (CAM) che verrà analizzata nel dettaglio nel seguente capitolo, basti per ora evidenziare che già l'art. 18 della l. 221/2015¹⁴³ aveva disposto l'obbligo della loro osservanza all'interno della documentazione di gara¹⁴⁴.

Nella prima versione del Codice del 2016 l'obbligatorietà dei criteri ambientali si connotava per una certa gradualità, in quanto veniva fissata la loro rilevanza in un limite minimo del 50% del valore base d'asta, rispetto a categorie di forniture ed affidamenti non connessi ad usi finali di energia.

Inoltre, i C.A.M. si applicavano per l'intero valore dell'appalto rispetto alle procedure il cui oggetto era idoneo a conseguire l'obiettivo finale dell'efficienza energetica negli utilizzi finali.

Infine, si prevedeva la possibilità che successivi decreti del Ministro dell'ambiente potessero aumentare la soglia minima del 50% del valore a base d'asta.

Con il D.lgs. n. 56/2017 (c.d. *Decreto correttivo*¹⁴⁵) il Legislatore è intervenuto a modificare la previsione dell'art. 34 prescrivendo l'obbligo dei C.A.M. per l'intero importo a base di gara, con una sola parziale deroga relativa a categorie di appalto che si riferiscono ad interventi di demolizione e ricostruzione in cui il carattere dell'obbligatorietà opera "*per quanto possibile*" (art. 34, comma 3).

Sempre il decreto correttivo del 2017 ha, inoltre, reso più efficace il

¹⁴³ L'art. 68-bis del D.lgs. n. 163/2006 introdotto dalla L. n. 221 del 28 dicembre 2015 (il c.d. collegato ambientale alla legge di Stabilità del 2014) aveva reso obbligatoria l'applicazione dei criteri minimi ambientali attraverso l'inserimento, nella documentazione di gara pertinente, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute negli decreti, relativi a determinate categorie di forniture e affidamenti.

¹⁴⁴ Cfr. M. PENNASILICO, *Le categorie del diritto civile tra metodo e storia*, in *Riv. dir. civ.*, 2016; ID., *Sviluppo sostenibile "contratto ecologico": un altro modo di soddisfare i bisogni*, in *Rass. dir. civ.*, 2016.

¹⁴⁵ D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 *Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, in GU Serie Generale n.103 del 05-05-2017 - Suppl. Ordinario n. 22.

monitoraggio dell'osservanza dei CAM attraverso la modifica dell'art. 213, comma 9, che ha affidato tale attività all'osservatorio che opera presso l'ANAC al fine del raggiungimento degli obiettivi inclusi nel piano di azione per la sostenibilità dei consumi nel settore della pubblica amministrazione.

Altra disposizione importante è quella che stabilisce la possibilità di aggiudicare le offerte ai minori costi lungo il ciclo di vita (art. 96 del D.Lgs. 50/2016), si pensi ai costi connessi all'utilizzo, al consumo di energia o di altre risorse, i costi di manutenzione inclusi i costi del fine vita, i costi di raccolta, smaltimento e riciclaggio, i costi delle esternalità ambientali.

In più con l'art. 93 si permette agli operatori economici certificati ISO14001, certificati SA 8000, certificati OHSAS 18001, certificati UNI CEI EN ISO 5000 o UNI CEI 11352 (per le ESCO), registrati EMAS o che offrano prodotti Ecolabel UE di ridurre la cauzione definitiva prevista dall'art. 113 del Codice.

Tra le novità più significative della disciplina introdotta dal D.lgs. n. 50/2016 rientra la previsione di un rapporto gerarchico tra i differenti criteri di aggiudicazione, con una prevalenza del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa¹⁴⁶.

In particolare, l'art. 95 del D.lgs. n. 50/2016 innova profondamente il precedente criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa che assurge a

¹⁴⁶ Sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa vedasi L. GILI, *La nuova offerta economicamente più vantaggiosa e la discrezionalità amministrativa a più fasi*, Padova, 2017; F. SAIITA, *Appalti e contratti pubblici: Commentario sistematico*, Padova, 2016; C. DE MASI, *Criteri di aggiudicazione e offerte anomale*, in *Riv. trim. appalti*, 2016, pagg. 212 e ss.; M. PIGNATTI, *Le metodologie per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 10 gennaio 2013, n. 1, in *Foro amm. CDS*, 2013, 1526 s.; D. SENZANI, *Discrezionalità della pubblica amministrazione ed offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Riv. Trim. degli appalti*, 2013, pag. 900 e ss.; P. DE NICTOLIS - R. DE NICTOLIS, *Il criterio del prezzo più basso e il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, in M.A. SANDULLI - R. DENICTOLIS - R. GAROFOLI (curr.), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. III, Milano, 2008, pagg. 2118 e ss.; L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2015, pag. 291 e ss.; A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2015, pag. 1127 e ss.; C. LAMBERTI - S. VILLAMENA, *Nuove direttive appalti: "sistemi di selezione" e "criteri di aggiudicazione"*, 2015, pagg. 873 e ss.

criterio ordinario di selezione delle offerte, restando invece relegato il criterio del prezzo più basso ad ipotesi specifiche e tassative espressamente previste dalla legge e soggette ad un onere di adeguata motivazione.

L'offerta migliore viene così individuata in ragione del rapporto qualità-prezzo o mediante la comparazione tra costo ed efficacia.

Detto criterio consente alla amministrazione aggiudicatrice di operare una valutazione delle offerte degli operatori economici non fondata esclusivamente sul mero elemento economico, trattandosi di una operazione più complessa in cui entrano in gioco fattori valutativi ulteriori tra cui quelli connessi a considerazioni di ordine sociale ed ambientale.

La nuova disciplina, infine, indica le ipotesi in cui l'appalto deve essere aggiudicato unicamente con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa valutata attraverso il rapporto qualità-prezzo e non al costo-prezzo del ciclo di vita (servizi sociali, ristorazione scolastica, ospedaliera o assistenziale e servizi ad alta intensità di manodopera).

Proprio in ragione della richiamata eterogeneità, si paventa una plausibile sovrapposizione con particolare riferimento a quei servizi che in astratto potrebbero rientrare tanto nella categoria dei contratti ad elevata ripetitività quanto in quelli ad alta densità di manodopera (es. servizi di pulizia).

Il nodo interpretativo riguarda il comma 3 dell'art. 95, segnatamente se questo costituisca una specificazione della regola generale di cui al comma 1, quindi derogabile, oppure costituisca una prescrizione autonoma¹⁴⁷.

Va anche rilevata la rilevanza accordata dal Legislatore del 2016 al ruolo centrale del c.d. "costo del ciclo di vita".

¹⁴⁷ Cfr. G. AVANZINI, *I rapporti tra i criteri di aggiudicazione: le novità del Correttivo e l'immediata contestazione del bando di gara*, 2017.

Come evidenziato nei capitoli precedenti, tale formula riassuntiva racchiude in sé molti e diversi costi accomunati dalla fonte: essi sono correlati ad un bene (opera, servizio, fornitura) e si producono durante il corso della sua vita. Nell'aggregato che costituisce il costo del ciclo di vita vi sono dunque ricompresi, in quanto pertinenti, tutti i costi che un prodotto, servizio o lavoro determina a partire dall'acquisizione delle materie e dei servizi necessari alla produzione, ai costi legati all'utilizzo, quali il consumo di energia e altre risorse; i costi di manutenzione; i costi relativi al fine vita, come i costi di raccolta, di smaltimento e di riciclaggio¹⁴⁸.

Al fine di scongiurare i possibili rischi che la definizione e la valutazione del profilo ambientale dell'offerta possa ampliarsi indebitamente fino a sfociare nell'arbitrarietà, la discrezionalità della pubblica amministrazione è stata limitata da particolari cautele¹⁴⁹.

La prima è una cautela generale con cui il Legislatore esordisce già al primo comma dell'art. 95: i criteri di aggiudicazione non devono conferire alla stazione appaltante un potere di scelta illimitata dell'offerta; essi devono garantire la possibilità di una concorrenza effettiva e sono accompagnati da specifiche che consentono l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione delle offerte.

È dunque onere delle stazioni appaltanti l'accurata verifica delle informazioni e delle prove fornite dagli offerenti.

¹⁴⁸ Cfr. l'art. 3, comma 1, lett. hhhh) del D.lgs. n. 50/2016: definisce «ciclo di vita»: «*tutte le fasi consecutive o interconnesse, compresi la ricerca e lo sviluppo da realizzare, la produzione, gli scambi e le relative condizioni, il trasporto, l'utilizzazione e la manutenzione, della vita del prodotto o del lavoro o della prestazione del servizio, dall'acquisizione della materia prima o dalla generazione delle risorse fino allo smaltimento, allo smantellamento e alla fine del servizio o all'utilizzazione*»

¹⁴⁹ Vedasi L. CARBONARA, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e la tutela dell'ambiente. I criteri di aggiudicazione*, in www.giustamm.it, 2016.

La seconda cautela, che recepisce l'ampio dibattito sul tema in ambito unionale, è la necessaria connessione del criterio con l'oggetto dell'appalto.

Il Codice del 2016 interviene in merito spiegando che la relazione con l'oggetto del contratto è da ritenersi sussistente laddove i criteri riguardino lavori, forniture o servizi da fornire: *“sotto qualsiasi aspetto e in qualsiasi fase del loro ciclo di vita, compresi fattori coinvolti nel processo specifico di produzione, fornitura o scambio di questi lavori, forniture o servizi o in un processo specifico per una fase successiva del loro ciclo di vita, anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale”* (art. 95, comma 11).

Si tratta di un'ulteriore evoluzione, operata dal Codice del 2016, che ricollega le specifiche tecniche e i criteri di valutazione delle offerte all'oggetto del contratto con precipuo riferimento all'intero del ciclo di vita dello stesso (artt. 68 e 95-96).

Se, infatti, le une e gli altri possono riferirsi a: *“tutte le fasi consecutive e/o interconnesse compresi la ricerca e lo sviluppo da realizzare, la produzione, gli scambi e le relative condizioni, il trasporto, l'utilizzazione e la manutenzione, della vita del prodotto o del lavoro o della prestazione del servizio, dall'acquisizione della materia prima o dalla generazione delle risorse fino allo smaltimento, allo smantellamento e alla fine del servizio o all'utilizzazione”*, in base a quanto stabilisce l'art. 3, I comma, lett. hhhh), allora, non vi sono più collegamenti necessitati al contenuto materiale del servizio, dell'opera o della fornitura e l'oggetto del contratto viene a coincidere con il ciclo di vita di tale prestazione.

L'ultima cautela a limitazione della discrezionalità dell'amministrazione, contro contegni arbitrari lesivi della concorrenza, è da ravvisarsi nel rispetto

del principio di trasparenza e nell'adempimento agli obblighi di pubblicità: le modalità di calcolo dei costi devono, pertanto, essere accessibili da parte di tutti gli operatori economici.

A tal fine, il Codice impone che esse siano inserite nella documentazione di gara e richiede che gli offerenti possano conoscere sin dall'inizio della gara i dati che saranno oggetto di valutazione, la procedura ed i parametri. Ciò è determinante ai fini della partecipazione e della presentazione di un'offerta congrua su misura.

La rilevanza del valore ambientale rileva, oltre che nella fase di progettazione e di determinazione dei requisiti di qualificazione dei soggetti partecipanti al procedimento di evidenza pubblica e delle offerte, anche nella fase che segue il procedimento pubblicistico che culmina con il provvedimento finale di aggiudicazione, cioè nella fase di esecuzione del contratto.

In merito alla fase di esecuzione contrattuale, nell'impianto del nuovo Codice dei contratti pubblici rilevano in particolare due disposizioni.

A livello generale, il già richiamato art. 30, inserito tra i principi della nuova disciplina che stabilisce la regola secondo cui gli operatori economici debbano improntare il loro adempimento al rispetto delle prescrizioni in materia ambientale contenute nella legislazione nazionale e dell'Unione europea.

In modo specifico, invece, l'art. 100 che contempla la possibilità per le stazioni appaltanti di richiedere, per l'esecuzione del contratto, requisiti particolari, connessi alla tutela dell'ambiente a condizione che questi non abbiano il fine, o comunque sortiscano l'effetto, di incidere sui principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di trasparenza, di proporzionalità e che gli stessi siano espressamente indicati nel bando di gara oppure nell'invito nel caso di procedure senza bando.

Da quest'ultima disposizione emerge il dato di come, anche nella fase di esecuzione del contratto, il preminente interesse alla protezione dell'ambiente integrato nella disciplina dei contratti pubblici debba svolgersi nel rispetto di tutti gli altri principi che informano la speciale materia dell'evidenza pubblica¹⁵⁰.

¹⁵⁰ Vedasi CORRADINO M., DAMIANI STICCHI S., *Nuovi appalti pubblici, commento al D.lgs. n. 50 del 2016*, Milano, 2017.

CAPITOLO III

Il Piano di Azione Nazionale per il *Green Public Procurement* e i Criteri Ambientali Minimi

1. Il PAN – GPP italiano.

Il dibattito unionale, descritto nel secondo capitolo, ha avuto una profonda influenza sull'adozione del GPP nazionale.

Nel 2001, in particolare, la Commissione europea ha adottato il primo Piano dedicato alla Politica integrata dei Prodotti (IPP)¹⁵¹ che, non accontentandosi di disciplinare la sola fase dell'acquisto, intendeva già considerare l'intero ciclo di vita dei prodotti, ivi compresi i costi di gestione, di smaltimento e di recupero di questi beni a fine vita.

Altrettanto significativa è stata la Comunicazione della Commissione europea del 2003 sulla politica integrata di prodotto dal titolo *Sviluppare il concetto di ciclo di vita ambientale* COM 302 (2003) dalla quale emerge chiaramente che l'IPP era parte integrante della strategia comunitaria per lo sviluppo sostenibile¹⁵².

Con lo sviluppo del GPP e, al suo interno, del concetto di costo del ciclo di vita, come accennato in precedenza e come diffusamente oltre, si è operata una sorta di *reductio ad unum* delle politiche in questione, tant'è che il Piano di Azione Nazionale di cui ci stiamo per occupare, era previsto inizialmente proprio dalla Comunicazione IPP citata del 2003, per poi essere successivamente inquadrato e considerato, a tutti gli effetti, come strumento di attuazione degli appalti verdi.

¹⁵¹ Libro verde sulla Politica integrata relativa ai prodotti, presentato dalla Commissione il 7 febbraio 2001, COM (2001) 68.

¹⁵² Si tratta della Comunicazione n. 2003/302: "*Sviluppare il concetto di ciclo di vita ambientale* incoraggiava «*gli Stati membri a dotarsi di piani d'azione accessibili al pubblico per l'integrazione delle esigenze ambientali negli appalti pubblici*».

Nell'ottica della Commissione, i piani nazionali avrebbero dovuto contenere una ricognizione critica della situazione esistente e stabilire obiettivi di ampia portata, nonché specificare le misure: «*necessarie a favorire una maggiore considerazione degli aspetti ambientali*».

È opportuno rilevare la natura originariamente non vincolante di tali piani, poiché, mediante essi, la Commissione Europea si era limitata a dare impulso alle politiche di *green public procurement* e allo scambio delle *best practices* tra i Paesi membri dell'UE.

I piani d'azione nazionali avrebbero dovuto costituire, inoltre, degli strumenti flessibili, da sottoporre a revisione ogni tre anni¹⁵³.

Occorre anche notare¹⁵⁴ che il *green public procurement* si qualificava come uno dei principali strumenti della strategia europea su “*Consumo e Produzione Sostenibile*” (SCP) COM (2008) 397, che prevedeva l'adozione di un altro piano, il “*Piano d'azione per il Consumo la Produzione Sostenibili e la Politica Industriale Sostenibile*”, che aveva come obiettivo l'integrazione omnicomprensiva di aspetti sociali, e non solo ambientali, nelle gare d'appalto, secondo lo *slogan* del passaggio da “*acquisti verdi a acquisti sostenibili*”¹⁵⁵.

Per questo motivo il Ministero dell'Ambiente ha affrontato l'evoluzione della tematica del GPP unitamente a quella SCP, attraverso un apposito gruppo di lavoro istituito con decreto del Ministro dell'Ambiente che ha sviluppato la

¹⁵³ Vedasi Comunicazione Commissione 2003/302 *cit.*.

¹⁵⁴ Vedasi RICOTTA, S. *Dal GPP all'SPP: I criteri sociali negli appalti pubblici in Ecoscienza*, 5, 2014.

¹⁵⁵ La Commissione europea ha pubblicato nei primi mesi del 2011 la “*Guida Acquisti sociali. Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici*”, coniando il termine “*appalti pubblici socialmente responsabili*” (*Socially Responsible Public Procurement, SRPP*) e facendo riferimento a nove diversi aspetti, talvolta sovrapponibili, che possono essere considerati come “*criteri sociali*” negli appalti pubblici: opportunità di occupazione (es. occupazione giovanile); il lavoro dignitoso (orario di lavoro, salario ecc.); la conformità con il diritto del lavoro (es. conformità con i contratti collettivi di lavoro); l'inclusione sociale (il *favor* verso cooperative sociali); l'accessibilità per tutti (es. progettazione che elimina le barriere architettoniche); il “*commercio equo e solidale*”; la “*responsabilità sociale d'impresa*”; i diritti umani; la promozione delle Pmi.

Guida per l'integrazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici, adottata con il D.M. 6 giugno 2012, G.U.R.I. n. 159/2012¹⁵⁶.

Tuttavia, va rilevato che, il Legislatore nazionale, ha originariamente disciplinato l'adozione del PAN solo con la finanziaria per il 2007¹⁵⁷, rinviando ad un decreto predisposto dal Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, di concerto con i Ministri dell'Economia e Finanze e dello Sviluppo Economico.

Al contempo, il Legislatore ha demandato al piano l'indicazione di «obiettivi di sostenibilità ambientale» destinati in origine agli acquisti in undici specifiche categorie merceologiche¹⁵⁸.

In particolare, il Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare con D.M. 11 aprile 2008 (G.U. n. 107 dell'8 maggio 2008), di concerto con i Ministri dell'Economia e delle Finanze e dello Sviluppo Economico e con la collaborazione di enti e strutture tecniche di supporto (Consip, Enea, Ispra, Arpa), ha adottato il: *“Piano d'Azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della Pubblica Amministrazione”*, detto anche Piano di

¹⁵⁶ Il Governo italiano, tra i primi in Europa, si è adoperato per rispondere a questo invito, elaborando nel marzo 2014 il documento *“Le fondamenta del Piano di azione italiano sui Principi guida delle nazioni unite sulle imprese e i diritti umani”*.

Il documento dedica un capitolo intero alla dimensione dei diritti umani negli appalti pubblici (6. *Politiche per gli appalti pubblici*) e cita la Guida ai “criteri sociali” del ministero dell'Ambiente, appena richiamata.

¹⁵⁷ Art. 1, 1126° comma, legge 27 dicembre 2006, n. 296. Secondo i tempi fissati originariamente dalla Commissione, i singoli piani d'azione nazionali avrebbero dovuto essere adottati entro la fine del 2006.

¹⁵⁸ Art. 1, 1127° comma, legge 27 dicembre 2006, n. 296, che considera le seguenti «categorie»: a) arredi; b) materiali da costruzione; c) manutenzione delle strade; d) gestione del verde pubblico; e) illuminazione e riscaldamento; f) elettronica; g) tessile; h) cancelleria; i) ristorazione; l) materiali per l'igiene; m) trasporti. E' da notare che il d.m. 11 aprile 2008 ha ampliato e, si può affermare, trasmutato sei delle undici categorie considerate dal legislatore, considerando l'«edilizia» in luogo dei «materiali da costruzione»; la «gestione dei rifiuti», in luogo della «manutenzione delle strade»; i «servizi urbani e al territorio», in luogo della mera «gestione del verde pubblico»; i «servizi energetici», in luogo di «illuminazione e riscaldamento»; i «prodotti tessili e calzature», in luogo del solo «tessile»; i «servizi di gestione degli edifici», in luogo dei soli «materiali per l'igiene». L'ampliamento e modificazione delle «categorie merceologiche» suscita evidenti perplessità nella misura in cui la loro enumerazione è stata definita da una norma primaria che, per quanto inopportuna formulata, in assenza di ulteriori modifiche normative, l'Amministrazione ministeriale avrebbe dovuto attuare.

Azione Nazionale per il *Green Public Procurement* (PAN-GPP).

Come anticipato, il PAN costituiva, in origine, un mero documento di indirizzo, suddiviso tra una parte in cui si ricostruiscono le vicende del *green public procurement* in sede europea e le sue finalità; una seconda parte in cui si spiegano genericamente i tratti della normativa europea e di quella nazionale in materia di *green public procurement*; una terza parte in cui si descrivono strumenti e categorie d'intervento; una quarta parte in cui si descrivono gli obiettivi e gli strumenti; una quinta parte in cui sono racchiuse prescrizioni metodologiche per gli enti pubblici destinatari; una sesta e settima parte dedicate, infine, rispettivamente, alla gestione e alle azioni a supporto del piano.

Di seguito il D.M. Ambiente 11 aprile 2008 è stato profondamente emendato dal D.M. Ambiente 10 aprile 2013¹⁵⁹, che, tra gli aspetti più rilevanti, ha affiancato agli obiettivi ambientali l'integrazione di criteri sociali nella disciplina di gara ed elevato l'obiettivo nazionale di «appalti verdi» al 50%¹⁶⁰.

Inoltre, per quanto rileva ai fini della presente indagine, il D.M. dl 2013 ha specificato il procedimento di formazione dei c.d. criteri ambientali minimi (CAM)¹⁶¹.

Essi rappresentano ai sensi dell'art. 3 del D.M. 10 aprile 2013 requisiti di natura ambientale definiti con decreto del Ministro dell'ambiente, collegati ai distinti segmenti della procedura di evidenza pubblica (oggetto dell'appalto, specifiche tecniche, criteri premianti, condizioni di esecuzione dell'appalto) e destinati alle undici categorie merceologiche originariamente individuate con il PAN (arredi, edilizia, gestione dei rifiuti, servizi urbani e al territorio, servizi

¹⁵⁹ D.M. 10 aprile 2013 pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 102 del 3 maggio 2013.

¹⁶⁰ Vedasi R. RIFICI, *Responsabile sezione certificazione ambientale e GPP – MATTM, Il piano di azione nazionale sugli appalti verdi*, in *Gazzetta dell'Ambiente*, n. 2, 2012.

¹⁶¹ Cfr. M. MAURI-L. CARPINETI, *Il manuale degli appalti verdi*, 2017.

energetici, elettronica, prodotti tessili e calzature, cancelleria, ristorazione, servizi di gestione degli edifici, trasporti).

Tali CAM sono stati implementati nel corso del tempo e attualmente sono diciotto i decreti aventi ad oggetto altrettante categorie merceologiche.

Sotto il punto di vista organizzativo, il PAN è costituito da un documento base (quello del 2008 e aggiornato nel 2013) e da una serie di decreti attuativi del Ministro dell'ambiente che adottano i criteri ambientali minimi per i diversi gruppi di prodotto appartenenti alle categorie di prodotti/servizi indicati nella norma di riferimento (la Legge n. 296/2006) e ripresi nel documento base, rappresentanti il riferimento a livello nazionale in materia di acquisti pubblici verdi e che le stazioni appaltanti avrebbero potuto utilizzare, inserendoli nei bandi, per consentire al Piano di massimizzare i benefici ambientali ed economici.

Specificatamente l'art. 3, D.M. 11 aprile 2008 rimette la definizione dei criteri ambientali minimi a specifici decreti del Ministero dell'Ambiente, per le «categorie merceologiche» prefigurate dal legislatore e «ampliate» dal D.M. 11 aprile 2008.

Proprio l'emanazione dei decreti attuativi ha costituito la maggiore criticità a causa del loro carattere dettagliato e della conseguente difficoltà nel seguire l'avanzamento del progresso tecnologico per molte, se non per tutte le «categorie merceologiche» considerate dal Legislatore.

Tuttavia, i decreti attuativi rivestono una notevole importanza, poiché investono con maggior precisione, rispetto alle generiche indicazioni del piano, i vari aspetti della procedura di gara, assunti come riferimento per la successiva esposizione.

In tal modo, i «criteri» stabiliti dal Ministero svolgono una funzione di

indirizzò per le stazioni appaltanti in sede di definizione della disciplina di gara e un ruolo altrettanto utile in sede giudiziale, quando si tratti di valutare la legittimità delle scelte compiute sui criteri di selezione dei concorrenti, la definizione delle specifiche tecniche e le condizioni di esecuzione del contratto¹⁶².

Dal punto di vista gestionale invece il Piano, così come modificato nel 2013, prevede:

- un “Comitato di Gestione”, cui è affidata l’attività di coordinamento e alcuni compiti squisitamente tecnici, composto dai rappresentanti dei tre Ministeri di riferimento (Ministero dell’Ambiente; dello Sviluppo Economico; dell’Economia e delle Finanze), dell’Ispra, della Consip, dell’Enea, da esperti di alcune Arpa e da due rappresentanze delle Regioni.

La composizione del Comitato è stata poi modificata con l’inserimento di rappresentanti di altre istituzioni nazionali (il Ministero dell’Agricoltura e l’ANAC);

- un “Tavolo di confronto permanente”, dove il Ministero dell’Ambiente e la Consip si confrontano con le centrali di acquisto regionali sui criteri ambientali minimi prima della loro adozione e prima di esaminare le eventuali criticità riscontrate in fase di applicazione;

- “Tavoli di consultazione” con le associazioni di categoria, specifici per ciascuna categoria di prodotto indicata nel Piano.

Dal lato dinamico, la gestione comporta varie attività, di cui le principali sono: individuare i requisiti ambientali da introdurre nelle procedure di acquisto per le categorie di prodotti, servizi e lavori oggetto del piano stesso (Criteri

¹⁶² Vedasi Cfr. C. GUCCIONE – L. PALATUCCI, *Profili ambientali nelle procedure ad evidenza pubblica, op. cit.*

ambientali minimi o CAM); programmare e realizzare le attività relative alla formazione e alla comunicazione; impostare e svolgere il monitoraggio utile a verificare l'efficacia del piano d'azione e controllare l'andamento degli obiettivi da perseguire.

Il comitato di gestione ha il compito di definire i CAM attraverso la consultazione di gruppi di lavoro composti da esperti e da referenti delle associazioni di categoria dei produttori.

I documenti elaborati sono nuovamente sottoposti ad un confronto con gli operatori economici, tramite le associazioni di categoria.

La stesura finale CAM approvata dal comitato di gestione viene inviata ai ministeri interessati per acquisire eventuali osservazioni prima di essere adottata con decreto del ministro dell'ambiente pubblicato in gazzetta ufficiale.

Gli enti pubblici sono tenuti ad effettuare un'analisi dei propri fabbisogni per razionalizzare i consumi e favorire il *decoupling* (la dissociazione tra sviluppo economico e degrado ambientale), identificare le funzioni competenti per l'attuazione del GPP coinvolte nel processo di acquisto, redigere uno specifico programma interno per implementare le azioni in ambito di acquisti verdi.

Il PAN risponde dunque all'esigenza di dare un forte input di politica ambientale alle Pubbliche Amministrazioni, fornendo loro uno strumento tecnico/amministrativo comune proprio per facilitare la diffusione del GPP¹⁶³.

2. I Criteri Ambientali Minimi.

Come anticipato, i "Criteri Ambientali Minimi", adottati con Decreto Ministeriale riportano delle prescrizioni generali volte ad indirizzare l'ente

¹⁶³ A. MAESTRONI, *Politiche nazionali in tema di appalti verdi*, in (cur.) M. ANDREIS *I contratti pubblici tra principi interni e vincoli sovranazionali*, 2011. SPAGNUOLO F., *Il Green Public Procurement e la minimizzazione dell'impatto ambientale nelle politiche di acquisto della pubblica amministrazione*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2006.

verso una razionalizzazione dei consumi e degli acquisti, fornendo delle “considerazioni ambientali” collegate alle diverse fasi della procedura di gara e volte quindi a qualificare ambientalmente le forniture e gli affidamenti lungo l'intero ciclo di vita del servizio/prodotto.

I criteri ambientali minimi sono, innanzitutto, individuati fra quelli in vigore relativi alle etichette di qualità ecologica ufficiali già presenti sul mercato o fra altre fonti informative esistenti, per esempio le normative che impongono determinati standard ambientali quali le misure adottate nell'ambito della Direttiva 2009/125/CE detta *ERP (Energy Related Products)*, relativa all'istituzione di un quadro comune per l'elaborazione di specifiche per la progettazione eco-compatibile dei prodotti connessi all'energia, e attraverso le indicazioni che provengono dalle parti interessate dell'industria come le associazioni di categoria, interazione possibile grazie alla presenza dei Tavoli di consultazione nella procedura di definizione dei CAM, come accennato in precedenza.

Per completezza e nella prospettiva *de iure condendo*, si segnala che nell'ambito della strategia “Consumo e produzione sostenibile” citata è prevista l'elaborazione di criteri ambientali minimi europei, nell'intento di rendere uniforme anche sotto questo aspetto il diritto interno di tutti i Paesi membri. Per garantire una maggiore partecipazione delle parti interessate degli Stati membri al processo di definizione dei criteri di *green public procurement* europei e al fine di rafforzare le sinergie tra i vari strumenti di SCP orientati al prodotto, è stata peraltro stabilita una nuova procedura che prevede il coinvolgimento attivo del “*Joint Research Centre's Institute for Prospective Technological Studies*” (JRC-IPTS) della Commissione europea.

Tale Ente coordina la procedura di definizione dei criteri europei, sulla base di

un calendario di priorità annuale, adottato con il *GPP Advisory Group*, costituito dai referenti istituzionali in materia.

Il processo di definizione dei criteri europei prevede la possibilità, per le parti interessate, quali gli operatori economici, di formulare osservazioni sulle diverse fasi di definizione delle proposte di criteri europei elaborate dallo stesso *Joint Research Centre*.

Tornando all'ordinamento nazionale, ad oggi, i CAM approvati hanno ad oggetto i seguenti diciotto settori merceologici:

- **ARREDI PER INTERNI**

Fornitura e servizio di noleggio di arredi per interni (approvato con DM 11 gennaio 2017, in G.U. n. 23 del 28 gennaio 2017 e successivamente emendato con DM 3 luglio 2019, in G.U. n. 167 del 18 luglio 2019);

- **ARREDO URBANO**

Acquisto di articoli per l'arredo urbano (approvato con DM 5 febbraio 2015, in G.U. n. 50 del 2 marzo 2015);

- **AUSILI PER L'INCONTINENZA**

Forniture di ausili per l'incontinenza (approvato con DM 24 dicembre 2015, in G.U. n. 16 del 21 gennaio 2016);

- **CALZATURE DA LAVORO E ACCESSORI IN PELLE**

Forniture di calzature da lavoro non DPI e DPI, articoli e accessori in pelle (approvato con DM 17 maggio 2018, in G.U. n. 125 del 31 maggio 2018);

- **CARTA**

Acquisto di carta per copia e carta grafica (approvato con DM 4 aprile 2013, in G.U. n. 102 del 3 maggio 2013);

- **CARTUCCE**

Forniture di cartucce toner e cartucce a getto di inchiostro e per l'affidamento

del servizio integrato di raccolta di cartucce esauste, preparazione per il riutilizzo e fornitura di cartucce di toner e a getto di inchiostro (approvato con DM 17 ottobre 2019, in G.U. n. 261 del 7 novembre 2019);

- **EDILIZIA**

Affidamento di servizi di progettazione e lavori per la nuova costruzione, ristrutturazione e manutenzione di edifici pubblici (approvato con DM 11 ottobre 2017, in G.U. Serie Generale n. 259 del 6 novembre 2017);

- **ILLUMINAZIONE PUBBLICA (fornitura e progettazione)**

Acquisizione di sorgenti luminose per illuminazione pubblica, l'acquisizione di apparecchi per illuminazione pubblica, l'affidamento del servizio di progettazione di impianti per illuminazione pubblica (approvato con DM 27 settembre 2017, in G.U. n. 244 del 18 ottobre 2017);

- **ILLUMINAZIONE PUBBLICA (servizio)**

Servizio di illuminazione pubblica (approvato con DM 28 marzo 2018, in GU n. 98 del 28 aprile 2018);

- **ILLUMINAZIONE, RISCALDAMENTO/RAFFRESCAMENTO PER EDIFICI**

Affidamento servizi energetici per gli edifici, servizio di illuminazione e forza motrice, servizio di riscaldamento/raffrescamento (approvato con DM 7 marzo 2012, in G.U. n.74 del 28 marzo 2012);

- **LAVAGGIO INDUSTRIALE E NOLEGGIO DI TESSILI E MATERASSERIA**

Affidamento del servizio di lavaggio industriale e noleggio di tessili e materasseria (approvato con DM 9 dicembre 2020 in GURI n. 2 del 4/01/2021);

- **RIFIUTI URBANI**

Affidamento del servizio di gestione dei rifiuti urbani (approvato con DM 13 febbraio 2014, in G.U. n. 58 dell'11 marzo 2014);

- **RISTORAZIONE COLLETTIVA**

Servizio di ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari (approvato con DM n. 65 del 10 marzo 2020, in G.U. n.90 del 4 aprile 2020);

- **SANIFICAZIONE**

Affidamento del servizio di pulizia e sanificazione di edifici e ambienti ad uso civile, sanitario e per i prodotti detergenti (approvato con DM 51 del 29 gennaio 2021, in GURI n. 42 del 19 febbraio 2021 e successivamente emendato con Decreto Correttivo n. 24 settembre 2021 del Ministero della Transizione ecologica, pubblicato in G.U.R.I. n. n. 236 del 2 ottobre 2021);

- **STAMPANTI**

Affidamento del servizio di stampa gestita, affidamento del servizio di noleggio di stampanti e di apparecchiature multifunzione per ufficio e acquisto o il leasing di stampanti e di apparecchiature multifunzione per ufficio (approvato con DM 17 ottobre 2019, in G.U. n. 261 del 7 novembre 2019);

- **TESSILI**

Forniture e noleggio di prodotti tessili, ivi inclusi mascherine filtranti, dispositivi medici e dispositivi di protezione individuale (approvato con DM 30 giugno 2021, in G.U.R.I. n. 167 del 14 luglio 2021);

- **VEICOLI**

Acquisto, leasing, locazione, noleggio di veicoli adibiti al trasporto su strada e per i servizi di trasporto pubblico terrestre, servizi speciali di trasporto passeggeri su strada (approvato con DM 17 giugno 2021, pubblicato in G.U.R.I. n. 157 del 2 luglio 2021);

- **VERDE PUBBLICO**

Servizio di gestione del verde pubblico e fornitura prodotti per la cura del verde (approvato con DM n. 63 del 10 marzo 2020, in G.U. n.90 del 4 aprile 2020).

Va ribadito che i CAM dapprima facoltativi, sono stati resi obbligatori, a seguito della L. n. 221 del 28 dicembre 2015 (il c.d. collegato ambientale alla legge di stabilità 2014) tramite l'introduzione dell'art. 68 *bis* nel D.lgs. n. 163/2006.

A tanto è conseguito che l'applicazione vincolante dei CAM, già nell'impianto del precedente codice rilevava sotto un duplice profilo, da un lato, essi svolgevano un ruolo di indirizzo nella predisposizione della disciplina di gara per le stazioni appaltanti, mentre, per gli operatori economici, in sede di tutela giurisdizionale rappresentavano un parametro di verifica della legittimità delle scelte discrezionali compiute dalla stazione appaltante in ordine ai criteri di selezione dei concorrenti, alla definizione dell'oggetto del contratto e delle prescrizioni di particolari condizioni di esecuzione.

In altri termini, oltre al ruolo svolto in positivo verso la definitiva integrazione dei valori ambientali e sociali all'interno delle procedure di affidamento dei contratti di appalto, i criteri ambientali minimi svolgevano al contempo un ruolo in negativo come parametro di verifica, attraverso il canone della proporzionalità, del carattere non discriminatorio e anti-concorrenziale della procedura evidenziale.

2.1. I CAM nel Codice del 2016.

Il D.lgs. n. 50/2016, da un lato, ha confermato e, dall'altro, implementato l'impostazione del c.d. Collegato ambientale e, secondo il modello del *what to buy*, elabora standard a livello nazionale che dettano requisiti minimi obbligatori dei quali le stazioni appaltanti devono tenere conto.

Si è così dotato l'ordinamento di uno strumento fondamentale al fine di rendere effettivo l'obbligo di includere la tutela dell'interesse ambiente tra gli elementi essenziali della contrattualistica pubblica e, in questa prospettiva, si è intervenuti limitando l'ambito della discrezionalità tecnica in capo agli enti aggiudicatori.

La "norma chiave" per garantire tale obiettivo è l'art. 34 del Codice dei contratti pubblici, rubricato «*Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*». L'articolo è inserito all'interno del titolo dedicato ai «*Principi comuni*» sulle modalità di affidamento; la sua considerazione è, quindi, prioritaria e le sue statuizioni governano l'intero *iter* procedurale di acquisto.

Nella prima versione del Codice, come anticipato, l'obbligatorietà dei criteri ambientali si connotava per una certa gradualità, in ragione del fatto che la disciplina fissava la loro rilevanza in un limite minimo del 50% del valore base d'asta rispetto a categorie di forniture ed affidamenti non connessi ad usi finali di energia; si applicavano per l'intero valore dell'appalto rispetto alle procedure il cui oggetto era idoneo a conseguire l'obiettivo finale dell'efficienza energetica negli utilizzi finali; si prevedeva la possibilità che successivi decreti del Ministro dell'ambiente potessero aumentare la soglia minima del 50% del valore a base d'asta.

Con il D.lgs. n.56/2017 (c.d. *decreto correttivo*) il Legislatore è intervenuto a modificare la previsione dell'art. 34, disponendo l'estensione obbligatoria dei CAM all'intero importo a base di gara, con la sola parziale eccezione degli appalti aventi ad oggetto interventi di demolizione e ricostruzione in cui il carattere dell'obbligatorietà opera "*per quanto possibile*" (art. 34, comma 3)¹⁶⁴.

¹⁶⁴ Sull'importanza della previsione nella normativa in commento di clausole verdi obbligatorie si veda quanto rilevato da M. PENNASILICO, *op. cit.*.

Anche tali criteri, come accennato, fanno prioritariamente riferimento al possesso di determinate certificazioni ed etichettature ambientali¹⁶⁵.

In questo senso, il nuovo impianto normativo accelera il percorso di valorizzazione delle imprese che si dotano di certificazioni ambientali di processo (ad es. EMAS ed ISO 50 000), che realizzano beni e servizi a basso impatto ambientale (ad es. ECOLABEL) e/o conoscono il proprio impatto sui cambiamenti climatici (ad es. *Carbon footprint*).

Come evidenziato, il c.d. “decreto correttivo” del 2017, ha previsto l’obbligatoria inclusione dei CAM all’intero valore a base d’asta, con ciò portando a compimento il percorso già intrapreso con il Collegato ambientale.

Le modifiche introdotte nel vecchio ordinamento dalla legge 221/2015, insomma, sono state integrate, nel nuovo panorama normativo, con una integrazione al rialzo.

Sempre l’art. 34 declina specifiche modalità per realizzare acquisti anche di valore inferiore alle soglie comunitarie, estendendo di conseguenza la portata applicativa della disposizione in commento.

In altre parole, si è prevista la generale obbligatorietà dei CAM, a prescindere dal criterio di aggiudicazione e dall’importo del contratto.

Una scelta più che opportuna, alla luce della grande rilevanza dei contratti sotto-soglia, certamente per numero di gran lunga preponderante, ma anche per il loro rilievo, singolo e cumulativo, anche in termini di impatto ambientale¹⁶⁶.

L’art. 71, comma 1, quarto periodo, del Codice del 2016, a sua volta, dispone

¹⁶⁵ Tra le tipologie di marchi, segnaliamo l’ISO 14024, l’etichetta ambientale di tipo I che utilizza criteri singoli o multipli connessi al ciclo di vita del prodotto o alle caratteristiche del servizio. Il marchio viene assegnato da un organismo pubblico o privato, rispettivamente EU ECOLABEL o FSC.

¹⁶⁶ In occasione dell’approvazione e conversione del D.L. 18 aprile 2019 n. 3 (c.d. *sblocca cantieri*) si era proposta la modifica, poi fortunatamente eliminata, che avrebbe reso i CAM facoltativi fino all’importo della soglia comunitaria, e non solo per i contratti di importo inferiore ai 200.000.

che i bandi di gara, da redigere conformemente ai bandi tipo adottati dall'ANAC: “*contengono altresì i criteri ambientali minimi di cui all'articolo 34*”.

Appare quindi, chiaro che, al fine di conformare l'azione della P.A., all'osservanza di criteri di sostenibilità ambientale, si impone alla stessa di adeguare la *lex specialis* della gara – sia relativamente alle prescrizioni intese a conformare la prestazione e la sua esecuzione alle specifiche esigenze della stazione appaltante, sia con riguardo alle clausole di carattere premiante – ai CAM.

Discende da tale rilievo che, al fine di individuare il livello procedurale cui avere riguardo nel compimento delle verifiche inerenti al rispetto dei criteri ambientali minimi *de quibus*, oltre che determinare il contenuto specifico di tali criteri, occorre riferirsi principalmente alle prescrizioni ministeriali cui le norme citate integralmente rinviano: prescrizioni, giova precisare, che, nell'ipotesi di omesso richiamo da parte della *lex specialis*, sono suscettibili di integrarla *ab externo*, al fine di conformarla alle disposizioni di legge sovraordinate¹⁶⁷.

Il comma 2 dell'art. 3 ha previsto, poi, la rilevanza obbligatoria dei CAM, nell'ambito della valutazione tecnica nelle gare con il metodo della offerta economicamente più vantaggiosa, anche ai fini della attribuzione del relativo punteggio e, quindi, necessariamente, della aggiudicazione del contratto¹⁶⁸.

¹⁶⁷ In tal senso, vedasi Consiglio di Stato, sez. III, 21.01.2022 n. 397.

¹⁶⁸ Cfr. art. 34, comma 2, cit.: “I criteri ambientali minimi definiti dal decreto di cui al comma 1, in particolare i criteri premianti, sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 95, comma 6. Nel caso di contratti relativi alle categorie di appalto riferite agli interventi di ristrutturazione, inclusi quelli comportanti demolizione e ricostruzione, i criteri ambientali minimi di cui al comma 1, sono tenuti in considerazione, per quanto possibile, in funzione della tipologia di intervento e della localizzazione delle opere da realizzare, sulla base di adeguati criteri definiti dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare”.

Ciò al fine di garantire la presenza obbligatoria e vincolante di prescrizioni ambientali in tutti i segmenti delle procedure ad evidenza pubblica¹⁶⁹.

Facendo un passo indietro, va anche rilevato l'art. 34 riprende l'ormai consolidato approccio del Legislatore europeo secondo il quale le considerazioni ambientali all'interno delle procedure avviene, in via prioritaria, per il tramite delle "specifiche tecniche"¹⁷⁰.

Come evidenziato nei capitoli precedenti, le specifiche in questione, di cui i CAM sono una specie ricompresa nel più ampio genere, sono prescrizioni tecniche documentali che definiscono le caratteristiche previste per lavori, servizi o forniture e sono intimamente legate all'oggetto del contratto; il loro inserimento, infatti, è giustificato da connessione oggettiva e proporzionalità di scopo, con la garanzia, così, della libera concorrenza¹⁷¹.

¹⁶⁹ T. CELLURA, *L'applicazione dei criteri ambientali minimi negli appalti pubblici*, in *Appalti e Contratti*, 2017.

¹⁷⁰ L'allegato XIII al D.lgs. n. 50/2016 fornisce la definizione di "specifiche tecniche", secondo la quale: "a) nel caso di appalti pubblici di lavori: l'insieme delle prescrizioni tecniche contenute, in particolare, nei documenti di gara, che definiscono le caratteristiche richieste di un materiale, un prodotto o una fornitura in modo che rispondano all'uso a cui sono destinati dall'amministrazione aggiudicatrice; tra queste caratteristiche rientrano i livelli della prestazione ambientale e le ripercussioni sul clima, la progettazione che tenga conto di tutti i requisiti (compresa l'accessibilità per persone con disabilità) la valutazione della conformità, la proprietà d'uso, la sicurezza o le dimensioni, incluse le procedure riguardanti il sistema di garanzia della qualità, la terminologia, i simboli, il collaudo e metodi di prova, l'imballaggio, la marcatura e l'etichettatura, le istruzioni per l'uso, nonché i processi e i metodi di produzione in qualsiasi momento del ciclo di vita dei lavori. Esse comprendono altresì le norme riguardanti la progettazione e la determinazione dei costi, le condizioni di collaudo, d'ispezione e di accettazione dei lavori nonché i metodi e le tecniche di costruzione come pure ogni altra condizione tecnica che l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore può prescrivere, mediante regolamentazione generale o particolare, in relazione all'opera finita e ai materiali o alle parti che la compongono; b) nel caso di appalti pubblici di servizi o di forniture, le specifiche contenute in un documento, che definiscono le caratteristiche richieste di un prodotto o di un servizio, tra cui i livelli di qualità, i livelli di prestazione ambientale e le ripercussioni sul clima, una progettazione che tenga conto di tutte le esigenze (compresa l'accessibilità per le persone con disabilità) e la valutazione della conformità, la proprietà d'uso, l'uso del prodotto, la sicurezza o le dimensioni, compresi i requisiti applicabili al prodotto quali la denominazione di vendita, la terminologia, i simboli, il collaudo e i metodi di prova, l'imballaggio, la marcatura e l'etichettatura, le istruzioni per l'uso, i processi e i metodi di produzione ad ogni stadio del ciclo di vita della fornitura o dei servizi, nonché le procedure di valutazione della conformità".

¹⁷¹ Vedasi *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 25 novembre 2015, n. 5361: «Nel caso di appalti pubblici di forniture o di servizi la nozione di "specifiche tecniche" comprende le specifiche, contenute in un documento, che definiscono le caratteristiche richieste di un prodotto o di un servizio, quali i livelli di qualità, i livelli della prestazione ambientale, una progettazione che

Per l'ovvia incidenza sul tema trattato, va richiamato anche quanto previsto dall'art. 68 del D.lgs. n. 50/2016 secondo il quale le specifiche tecniche possono essere formulate, *«in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, comprese le caratteristiche ambientali, a condizione che i parametri siano sufficientemente precisi da consentire agli offerenti di determinare l'oggetto dell'appalto e alle amministrazioni aggiudicatrici di aggiudicare l'appalto»* e le Amministrazioni aggiudicatrici che intendono appaltare lavori, forniture o servizi con specifiche caratteristiche ambientali, possono, ai sensi del successivo art. 69, imporre nelle specifiche tecniche, oltre che nei criteri di aggiudicazione o nelle condizioni relative all'esecuzione dell'appalto, un'etichettatura specifica come mezzo di prova che i lavori, le forniture o i servizi corrispondono alle caratteristiche richieste.

Con riferimento all'aspetto della qualificazione degli operatori economici, le stazioni appaltanti hanno la facoltà di richiedere il soddisfacimento di requisiti speciali afferenti a garanzie di qualità ambientale, oltre ai requisiti di ordine generale previsti dall'art. 80, comma 1, relativi ad alcuni titoli di reato che importano l'esclusione obbligatoria dalle gare.

È, infatti, previsto che le stazioni appaltanti possano richiedere la produzione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per dimostrare il rispetto dell'operatore economico dei sistemi e delle norme di gestione ambientale, ad esempio al sistema di ecogestione e audit (EMAS).

Emblematica, al riguardo è la sentenza del TAR Toscana, Firenze, sez. I, n.

tenga conto di tutte le esigenze (ivi compresa l'accessibilità per i disabili) la valutazione della conformità, la proprietà d'uso, l'uso del prodotto, la sua sicurezza o le sue dimensioni, ivi compresi le prescrizioni applicabili al prodotto per quanto riguarda la denominazione di vendita, la terminologia, i simboli, il collaudo e i metodi di prova, l'imballaggio, la marcatura e l'etichettatura, le istruzioni per l'uso, i processi e i metodi di produzione, nonché le procedure di valutazione della conformità».

9140 del 02.08.2021, con la quale il Collegio fiorentino, in ragione della violazione della prescrizione di cui all'art. 34 del Codice, ha annullato una gara del Comune di Firenze aggiudicata in favore di un'impresa che, nell'offerta, non ha dimostrato di applicare i criteri ambientali minimi contenuti nel D.M. CAM "*Illuminazione*"¹⁷².

In particolare, si è censurata la condotta della Stazione appaltante perché "*... non ha ravvisato a carico dell'offerta il mancato rispetto delle tecniche prescritte dal decreto ministeriale sui CAM, basando la propria determinazione sull'autocertificazione prodotta*".

In particolare, il TAR ha ritenuto illegittimo che l'impresa aggiudicataria aveva provato la rispondenza ai requisiti tecnici richiesti solo con autocertificazione proveniente dal proprio laboratorio e non, secondo quanto richiesto dal capitolato di gara in conformità con il decreto ministeriale succitato, con documentazione tecnica o relazione di prova proveniente da un organismo riconosciuto, accreditato e terzo rispetto al concorrente.

Infine, almeno un riferimento va fatto ai rapporti ai rapporti tra CAM e disciplina del soccorso istruttorio *ex art 83 del Codice dei contratti pubblici*, la giurisprudenza amministrativa, ha stabilito che "*non c'è una pregiudizievole incompatibilità tra verifica del possesso dei Cam e soccorso istruttorio, essendo lo spettro applicativo di quest'ultimo istituto esteso ai casi di mancanza, o di incompletezza, degli elementi richiesti nel bando*"¹⁷³.

2.2. I CAM e l'affidamento *in house providing*.

A questo punto non sembrano esserci dubbi sulla cogenza generale dei CAM, soprattutto quelli adottati con apposito D.M. ed almeno con riguardo alla loro

¹⁷² Adottati con D.M. Ambiente 27 dicembre 2017, in GU n.98 del 28 aprile 2016.

¹⁷³ TAR Catania, 04.06.2018 n. 1137.

natura di specifiche tecniche di base.

Va, tuttavia, segnalato in senso contrario un importante arresto del Consiglio di Stato (sez. IV, 22.10.2021 n. 7093) che ha escluso l'applicabilità della disciplina dei CAM nel caso di affidamento *in house providing*.

Secondo il Consiglio di Stato, dal tenore letterale dell'art. 34 del D.lgs. n. 50/2016 emergerebbe l'obbligo di inserire i CAM (soltanto) nelle procedure di evidenza pubblica, ciò in quanto dette clausole contrattuali rappresentano un costo per l'operatore di mercato che, al momento della progettazione di una procedura ad evidenza pubblica, è giusto venga debitamente considerato dalla stazione appaltante nella determinazione dell'importo a base di gara.

Tale situazione, a parere del Consiglio di Stato sarebbe: *“ontologicamente non comprabile con l'affidamento in house, la cui procedura sconta il diverso e peculiare criterio applicativo contenuto nell'art. 192, comma 2, del Codice dei contratti, sotto il profilo specifico e caratterizzante della “motivazione rafforzata” – non richiesta nell'ipotesi di scelta al mercato concorrenziale – e sulla cui legittimità si è già pronunciata la Corte costituzionale con sentenza n. 100 del 2020 riscontrandola conforme allo Statuto”*.

Al fine di suffragare tale assunto, la Quarta sezione del Consiglio di Stato ha anche proceduto alla ricostruzione della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea formatasi sul punto, evidenziando che la Curia dell'UE: *“ha ribadito che dal principio di libera autorganizzazione delle autorità pubbliche (di cui al quinto considerando della direttiva 2014/24/UE e all'art. 2, paragrafo 1, della direttiva 2014/23 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione) discende la «libertà degli Stati membri di scegliere il modo di prestazione di servizi mediante il quale le amministrazioni aggiudicatrici*

provvederanno alle proprie esigenze» e, conseguentemente, quel principio «li autorizza a subordinare la conclusione di un'operazione interna all'impossibilità di indire una gara d'appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna» (Corte di giustizia, nona sezione, ordinanza 6 febbraio 2020, in cause da C-89/19 a C-91/19, Rieco spa, resa su rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato, sezione quinta, con ordinanze 7 gennaio 2019, n. 138 e 14 gennaio 2019, n. 293 e n. 296; nello stesso senso, Corte di giustizia, quarta sezione, sentenza 3 ottobre 2019, in causa C-285/18, Irgita); con ciò, mostrando di valorizzare soprattutto l'aspetto connesso ai “vantaggi per la collettività” nel fare ricorso all'affidamento in house, mercè l'evidenziazione delle ragioni e finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato (v. anche Corte cost. n. 100/2020).

Nello stesso senso, anche C.G.U.E., con la decisione 6 febbraio 2020 Direttiva 2014/24/UE, ha chiarito che la libertà di autorganizzazione salvaguardata dalla Direttiva 2014/24/UE non osta ad una normativa interna che subordini l'affidamento in house alla “dimostrazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna”.

Nonostante tale pregevole sforzo esegetico, l'interpretazione dell'art. 34 del D.lgs. n. 50/2016 in esame, appare frutto di una visione parziale in quanto limitata al solo profilo economico dell'interesse ambientale, di cui i CAM rappresentano un'estrinsecazione concreta.

Infatti, come ampiamente evidenziato nei capitoli precedenti, l'interesse

meramente economico è, nella volontà del Legislatore UE, da tempo divenuto recessivo rispetto a quello ormai prioritario di garantire uno sviluppo sostenibile mediante la realizzazione da parte della PA di scelte sempre più ecocompatibili.

In tale ottica generale emerge quindi la parzialità del percorso argomentativo del Consiglio di Stato che ha come effetto paradossale di giustificare scelte non sostenibili da parte delle PPAA che hanno deciso di optare per la modalità di affidamento *in house providing*.

Quanto innanzi in evidente contrasto con il ruolo principale assegnato dall'UE alle stazioni appaltanti pubbliche, nell'ambito delle sempre più dettagliate e cogenti politiche europee di sviluppo sostenibile, di cui il *Green Deal* europeo¹⁷⁴ rappresenta l'ultimo esempio in ordine temporale.

A tal proposito, va rilevato che l'obiettivo della neutralità climatica entro il 2050, vero scopo del *Green Deal* europeo, impone scelte radicali che richiedono il superamento della logica classica di composizione dello sviluppo sostenibile, che fa dell'ambiente un limite esterno allo sviluppo¹⁷⁵.

Tale obiettivo, infatti, richiede sinergia tra ambiente e sviluppo e comporta la scelta di una crescita qualitativamente differente.

Tale mutamento di prospettiva, impone un diverso ruolo dei pubblici poteri che non può essere limitata solo a tutela: “*della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria*” come evidenziato dal Consiglio di Stato.

¹⁷⁴ Vedasi, *ex multis*, il documento della Commissione europea, *The sectoral impact of the Covid- 19*, del 3 marzo 2020, che sul punto chiarisce quanto segue: «*The COVID-19 crisis has acted as an accelerator for the support to the green transition, which was already high on the EU agenda with the European Green Deal. At EU level, the Commission maintains the implementation of the Green Deal roadmap as a new growth strategy to build a more resilient, sustainable and fair Europe. In this context, one of the main priorities of the Recovery and Resilience Facility is to support this reform effort and boost green investment*».

¹⁷⁵ Vedasi G. MONTEDORO, *Spunti per una “decostruzione” della nozione di sviluppo sostenibile e per una critica del diritto ambientale*, in *Amministrazione in Cammino*, 30 aprile 2009.

2.3. Le criticità.

L'attuale disciplina dei criteri ambientali minimi lascia aperti alcuni nodi applicativi.

In particolare, le criticità più rilevanti riguardano: le forme di tutela in caso di mancata applicazione dei CAM in sede di elaborazione degli atti di gara; i rimedi nel caso di mancata applicazione dei CAM nella fase esecutiva del contratto.

Con riferimento alla prima questione prospettata, il problema investe il profilo del vizio di illegittimità consistente nella violazione dell'art. 34, comma 3, del D.lgs. n. 50/2016.

Tale vizio potrebbe essere modulato anche nella figura dell'eccesso di potere qualora, con riferimento ad interventi di ristrutturazione¹⁷⁶, non fosse adeguatamente giustificata l'applicazione ridotta dei criteri ambientali minimi.

Per stabilire chi sono i soggetti che possono contestare gli atti di gara che violino i CAM occorre prendere in considerazione il profilo dell'interesse.

È principio generale, soprattutto per quel che riguarda la tutela giurisdizionale, che non sussista interesse all'annullamento di un atto amministrativo facendo valere la sola violazione in sé.

Non ha, infatti, rilevanza la sola esigenza che l'amministrazione adotti atti conformi alle norme applicabili, non essendo notoriamente giustiziabile il cd. *"mero interesse al ripristino della legalità"*.

Occorre, quindi, un interesse specifico ad una determinata procedura di gara da parte dell'operatore economico partecipante.

Secondo il tradizionale indirizzo giurisprudenziale (cfr. Ad. Plen. 1/2003) il bando non sarebbe, pertanto, immediatamente impugnabile, se non a fronte

¹⁷⁶ Cfr. comma 3 art. 34 D.lgs. n. 50/2016.

della prova dell'imposizione di prestazioni o adempimenti incomprensibili o eccessivamente gravosi.

Va comunque segnalato che la più recente giurisprudenza sul punto, sembra comunque aprire a possibili censure immediate degli atti di gara¹⁷⁷.

In particolare, va richiamata la recentissima pronuncia n. 397 del 21.1.2022 con la quale il sez. III del Consiglio di Stato ha precisato che: *“al fine di individuare il livello procedurale cui avere riguardo nel compimento delle verifiche inerenti al rispetto dei criteri ambientali minimi de quibus, oltre che determinare il contenuto specifico di tali criteri, occorre riferirsi principalmente alle prescrizioni ministeriali cui le norme citate integralmente rinviano: prescrizioni, giova precisare, che, nell'ipotesi di omesso richiamo da parte della lex specialis, sono suscettibili di integrarla ab externo, al fine di conformarla alle disposizioni di legge sovraordinate.*

[...]

Ebbene, l'analisi dei “criteri ambientali minimi” e delle modalità di verifica del relativo rispetto consente di affermare che, in linea generale, questa può collocarsi nella fase di espletamento della gara (con i connessi oneri dichiarativi e documentali in capo ai concorrenti) ovvero nella fase della esecuzione della prestazione contrattuale: tanto si evince dalla previsione, innanzi richiamata e contenuta nelle premesse dell'allegato descrittive dell'impostazione seguita nella formulazione dei “criteri”, secondo cui la «verifica» riporta, a seconda del criterio ambientale che venga in considerazione, “le informazioni e la documentazione da allegare in sede di

¹⁷⁷ Cfr. Cons. St. sez. III, n. 1738 del 2017: *«“diritto” dell'operatore economico a competere secondo i criteri predefiniti dal legislatore, nonchè a formulare un'offerta che possa validamente rappresentare la qualità delle soluzioni elaborate, e coerentemente aspirare ad essere giudicata in relazione anche a tali aspetti, oltre che sulla limitativa e limitante (se isolatamente considerata) prospettiva dello “sconto”»*

partecipazione alla gara, i mezzi di prova richiesti, e le modalità per effettuare le verifiche in sede di esecuzione contrattuale”.

[...]

Deve invero rilevarsi che anche la norma suindicata correla il rispetto dei criteri ambientali alla fase della progettazione, con la conseguenza che, laddove essa si collochi, come nella fattispecie in esame, nella fase successiva all'affidamento, è in relazione a tale fase (ovvero, va precisato ancora una volta, post-affidamento) che deve essere assicurato, anche attraverso le pertinenti “verifiche” come previste dal d.m. in esame, il rispetto di quei criteri.

[...]

Deve solo aggiungersi che gli esposti esiti interpretativi sono in linea con le pregresse acquisizioni giurisprudenziali, avendo già questo giudice di appello affermato che “come appare evidente dalla disposizione normativa succitata (art. 34 d.lvo n. 50/2016, n.d.e.), nonché del d.m. 11 gennaio 2017, è indispensabile il rispetto dei criteri minimi ambientali in fase di progettazione esecutiva, mentre solo l’offerta di condizioni superiori rispetto a quelle minime può costituire criterio premiante, in quanto variante migliorativa” (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1748 del 18 marzo 2019)”.

Secondo il ragionamento del Consiglio di Stato, calato alla fattispecie in esame, i CAM, soprattutto qualora relativi alla fase progettuale, hanno natura eterointegrativa, la cui violazione abilita l’operatore economico che veda lesi immediatamente i suoi interessi, all’immediata impugnazione della *lex specialis*.

In relazione al caso di inadempimento dei criteri ambientali minimi nella fase

esecutiva del contratto di appalto, i rimedi offerti dal Codice del 2006 sono molteplici.

A livello preventivo, il RUP e il direttore dei lavori, nell'ambito delle rispettive specifiche competenze, dovranno verificare che le previsioni di carattere progettuale e le obbligazioni contrattuali assunte siano puntualmente adempiute dall'appaltatore, assumendo se del caso ordini di servizio per orientare al meglio l'esecuzione dei lavori.

I rimedi di tipo postumo invece includono il potere del RUP e del direttore dei lavori di contestare ipotesi di inadempimento, diffidando l'appaltatore a porvi rimedio e avviare, nei casi più gravi, il procedimento di risoluzione del contratto previsto dall'art. 108 del D.lgs. n. 50/2016.

Un'ulteriore criticità, che la disciplina dei CAM condivide con quella generale degli standard tecnici obbligatori, è la necessità di un continuo aggiornamento, che tenga contestualmente conto delle novità normative e tecnologiche e della effettiva capacità del mercato di introdurre sempre ulteriori innovazioni con riferimento a sempre più numerose categorie merceologiche¹⁷⁸.

Si tratta di una materia *intrinsecamente e fortemente dinamica*, per il governo della quale uno strumento importante può essere rappresentato da un maggior uso del “*Tavolo di confronto permanente*”, istituito nell'ambito del PAN GPP per fare in modo che le istituzioni e gli *stakeholders* possano confrontarsi al fine di superare il notorio divario di conoscenza della PA in tale settore.

¹⁷⁸ M. RENNA, *Il sistema degli “standard ambientali” tra fonti europee e competenze nazionali*, in B. POZZO, M. RENNA (curr.), *L'ambiente nel nuovo titolo V della Costituzione*, Milano, 2004

CONCLUSIONI

L'introduzione di questo lavoro si è aperta con una dichiarazione di intenti.

Si è, infatti, manifestata la volontà di ricercare gli elementi di sintesi, necessari per superare l'antinomia, tipica del diritto dell'ambiente, ossia la contrapposizione, storicamente accertata, tra l'interesse economico (sia pubblico che privato) e quello ambientale.

Tanto, chiaramente, muovendosi nel perimetro della disciplina della contrattualistica, oggetto del presente studio.

Si è, altresì, premesso che la ricerca condotta si sarebbe svolta seguendo il *fil rouge* costituito dal principio dello "sviluppo sostenibile" che, da mera dichiarazione di intenti originaria, ha col tempo, assunto il ruolo di vero e proprio pilastro della politica economica, e non solo, unionale, di cui gli appalti pubblici costituiscono una componente fondamentale.

Per rispondere agli obiettivi posti, pertanto, bisogna preliminarmente tirare le somme sullo "stato di salute" del principio dello sviluppo sostenibile, all'interno delle disposizioni in vigore legate agli appalti verdi.

Tale valutazione non può prescindere dall'inquadramento del momento storico caratterizzato da sfide globali (*recte*: crisi climatica; pandemia) che chiaramente necessitano di risposte di livello generale.

In quest'ottica, si colloca il progetto europeo del *Green Deal* che per la grande estensione dell'orizzonte temporale di riferimento e per la stessa ampiezza e trasversalità delle strategie di azione previste – è destinato ad incidere in maniera significativa non solo sulla futura evoluzione della disciplina giuridica dell'ambiente (e sul relativo assetto organizzativo e istituzionale), ma, più in generale, sulla stessa portata e configurazione dell'interesse ambientale nel contesto delle democrazie pluraliste e delle stesse economie di mercato.

Al contempo, proprio la radicalità e l'ambiziosità degli obiettivi del *Green Deal* impongono di considerare attentamente la stessa adeguatezza dell'assetto istituzionale che ha sin qui caratterizzato il processo di integrazione europea. Da questo punto di vista, il *Green Deal* – venendo a rafforzare le esigenze di un più forte coordinamento sia a livello “orizzontale” tra le diverse politiche e settori dell'U.E., sia a livello “verticale” in relazione alle politiche economiche e industriali degli Stati – contribuisce a rendere ancor più evidenti i molti limiti che ancora caratterizzano l'ordinamento europeo, ma senza prospettare, almeno nell'immediato, ipotesi di concreta modifica dell'assetto istituzionale.

È significativo che una delle più importanti novità istituzionali degli ultimi decenni (il *Next Generation UE*) sia stata sollecitata non già dalla radicalità degli obiettivi contenuti nel *Green Deal* ma, piuttosto, dalla gravità della crisi pandemica: sebbene, infatti, anche tale strumento di condivisione del debito sia stato fortemente orientato al supporto della transizione ecologica, si tratta comunque di una decisione transitoria e fortemente legata alla gravità dello *shock* economico e sociale generato dalla crisi pandemica¹⁷⁹.

In tale ottica, si può agevolmente ritenere che sulla spinta del dibattito unionale, il GPP già da tempo divenuto una realtà progressivamente sempre più articolata e cogente, è destinato ad assumere un ruolo sempre maggiore in tutte le sfide che attendono l'Unione Europea nei prossimi anni

Anche l'approccio seguito in Italia è stato caratterizzato da una regolamentazione molto puntuale, soprattutto mediante l'introduzione dei CAM, la cui portata cogente ha escluso qualsiasi profilo di discrezionalità da parte delle stazioni appaltanti.

¹⁷⁹ A. MOLITERNI, *Il Green Deal europeo e le sfide per il diritto dell'ambiente*, in *Rivista Quadrimestrale Di Diritto Dell'ambiente* n. 1, 2021.

Si può, quindi, sostenere che gli strumenti messi in campo hanno garantito all'interesse ambientale un ruolo di primo piano, assieme agli altri strumenti volti ad integrare aspetti sociali e strategici nelle procedure ad evidenza pubblica.

Il principio dello sviluppo sostenibile ne è, pertanto, uscito notevolmente rafforzato con la già evidenziata conseguenza che esso è oramai da considerarsi trasversale a ogni politica dell'Unione Europea.

Tale approdo sembra segnare il definitivo collegamento delle due linee di sviluppo, per lungo tempo parallele, degli appalti pubblici e della disciplina dell'ambiente.

A livello nazionale, l'integrazione, di cui l'obbligatorietà dei criteri ambientali nel D.lgs. n. 50/2016 rappresenta una eloquente espressione, sembra porsi, a livello di sistema, nella direzione della creazione del c.d. Stato "circolare".

In altre parole, la rilevanza delle considerazioni ambientali in tutte le fasi del procedimento ad evidenza pubblica concretizza l'obiettivo di un uso strategico degli appalti nel perseguimento della cd. "economia circolare".

Il cambio di paradigma delle norme attuative interne non manca però di mostrare allo stesso tempo profili di criticità.

Ad esempio, nei casi in cui la legge prevede, forse forzando la disciplina dell'Unione europea, la possibilità di utilizzare il criterio del prezzo più basso rivive lo scenario precedente in cui l'economicità prevale sulla tutela ambientale; il rischio di *leges speciales* generiche o non proporzionati all'oggetto dell'appalto; la mancanza di forme di tutela nei casi di appalti banditi in violazione della disciplina dei CAM; l'assenza di rimedi specifici per il caso di mancata applicazione dei CAM nella fase esecutiva dell'appalto, sono le criticità maggiori che certamente limitano un'applicazione efficace di

tale disciplina.

Tuttavia, è fuor di dubbio che ormai anche all'interno del sistema nazionale degli appalti pubblici, la tutela dell'interesse ambientale è divenuto centrale.

A conferma, non può non segnalarsi che nella delega al Governo, attualmente in discussione in Parlamento, per l'adozione del nuovo Codice dei Contratti che dovrebbe sostituire il D.lgs. n. 50/2016, i CAM sono destinati ad ampliare sempre più il loro ruolo di strumento di integrazione dell'interesse ambientale nel sistema della contrattualistica pubblica nazionale¹⁸⁰.

Volendo, quindi, tirare le somme è possibile sostenere che pur essendo stato fatto molto al fine di garantire un'efficace tutela dell'interesse ambientale sia a livello europeo che nazionale.

Tuttavia, la via è ancora lunga per garantire una reale sinergia tra ambiente e sviluppo necessaria per raggiungere l'obiettivo di neutralità climatica fissato dal *Green deal* europeo che presuppone la scelta di una crescita qualitativamente differente nella quale il GPP deve necessariamente avere un ruolo centrale¹⁸¹.

¹⁸⁰ Disegno Di Legge n. 2330-A del 21.7.2021 *Delega al Governo in materia di contratti pubblici presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri e dal Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili*.

¹⁸¹ Vedasi G. ROSSI, *Dallo sviluppo sostenibile all'ambiente per lo sviluppo*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, n. 1/2020, p. 10.

BIBLIOGRAFIA

- AMIRANTE D. (cur.), *Diritto ambientale e Costituzione*, Milano, 2000.
- ARROWSMITH S. – KUNZLIK P., *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*, Cambridge, 2009.
- BARONE A., *L'ecolabel*, in F. FRACCHIA, M. OCCHIENA (curr.), *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*, Milano, 2006.
- BELLOMO G., *Il Green Public Procurement nell'ordinamento multilivello ambientale*, in *Diritto Pubblico Comparato Europeo*, Torino, 2008.
- BIANCAREDDU S., SERRA G., *Gli appalti verdi: la soddisfazione di interessi ambientali attraverso le procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici, Qualche riflessione alla luce dei recenti interventi normativi*, in www.sentenzeitalia.it, 2014.
- BROCCA M., *Criteri ecologici nell'aggiudicazione degli appalti*, in *Urbanistica e Appalti*, 2, 2003.
- CAFAGNO M., *Articolo 3-quater. Principio dello sviluppo sostenibile*, in AA.VV. *Codice dell'ambiente*, Torino, 2011.
- CARAVITA DI TORITTO B., *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2005.
- CARINGELLA F., *Manuale dei contratti pubblici*, Roma, 2019.
- CASSESE S., *Diritto ambientale comunitario*, Milano, 1995.
- CAVALLARO M.C., *Il principio di integrazione come strumento di tutela dell'ambiente*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 2007.
- CELLURA T., *L'applicazione dei criteri ambientali minimi negli appalti pubblici*, in *Appalti e Contratti*, 2017.
- CHICCHINELLI A., *L'esecuzione dei contratti e la tutela dell'ambiente*, in *Riv. Giust. Amm.* n. 2/2016.
- CLARICH M. – FIDONE G., *Le considerazioni di variabili ambientali nella scelta del contraente (i cosiddetti appalti verdi)*, Relazione presentata a Roma il 15 novembre 2013 al Convegno tenutosi sul tema degli appalti pubblici alla Camera dei Deputati.
- CORDINI G., *Diritto ambientale comparato*, Padova, 1997.
- CORDINI G., FOIS P., MARCHISIO S., *Diritto ambientale. Profili internazionali europei e comparati*, Torino, 2008.
- COSTATO L., F. PELLIZZER, (curr). *Commentario breve al codice*

- dell'ambiente*, Padova, 2007.
- DELL'ANNO P. – PICOZZA E. (curr.), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Padova, 2012.
 - DELL'ANNO P., *Manuale di diritto ambientale*, Padova, 2021.
 - DELL'ANNO P., *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Milano, 2004.
 - DE LEONARDIS F., *Green Public Procurement: From Recommendation to Obligation*, in *International Journal of Public Administration*, 2011.
 - DE LEONARDIS F., *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?*, Roma, 2017.
 - DE NICTOLIS R., *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017.
 - DI GIOVANNI A., *L'ambiente sostenibile nel nuovo Codice degli appalti: green public procurement e certificazioni ambientali*, in *Il Diritto dell'economia* vol. 31 n. 95, 2018.
 - FERRARA R. E SANDULLI M.A. (curr.), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2014.
 - FIDONE G., *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte ecoefficienti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, V, 2012.
 - FIDONE G., *L'integrazione degli interessi ambientali nella disciplina dei contratti pubblici*, in *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, Torino, 2013.
 - FIDONE G., MATALUNI F., *Gli appalti verdi nel Codice dei Contratti Pubblici*, in *Riv. quad. dir. amb.*, n. 3, 2016.
 - FOIS, P., *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, Napoli, 2007.
 - FRACCHIA F., *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. giur. dir. amb.*, numero 0, 2010.
 - FRACCHIA F., *Introduzione al diritto dell'ambiente*, Bologna, 2018.
 - FRACCHIA F., *Environmental law. Principles, definitions and protection models*, Napoli, 2018.
 - GIANNINI M. S., "Ambiente": saggio sui diversi suoi aspetti giuridici, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1973, 15 ss. e in *Massimo Severo Giannini*.

- Scritti*, Milano, 2005.
- GIANNINI M. S., *Primi rilievi sulle nozioni di gestione dell'ambiente e di gestione del territorio*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1975.
 - GIURDANELLA C. (cur.) *Commento al codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2010.
 - GIUSTI A., *Le certificazioni ambientali: EMAS*, in F. FRACCHIA, M. OCCHIENA (curr.), *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*.
 - KRAMER L., *Manuale di diritto comunitario per l'ambiente*, trad. it., 2002, Milano.
 - LA CAMERA F., *Sviluppo sostenibile. Origini, teoria e pratica*, Roma, 2005.
 - LANZA A., *Lo sviluppo sostenibile*, Bologna, 2002.
 - LUGARESI N., *Diritto dell'ambiente*, Padova, 2020.
 - MONTEDORO G., *Spunti per una "decostruzione" della nozione di sviluppo sostenibile e per una critica del diritto ambientale*, in *Amministrazione in Cammino*, 2009.
 - PEPE, V., *Lo sviluppo sostenibile tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Riv. giur. ambiente*, fasc.2, 2002.
 - POZZO B., RENNA M. (curr.), *L'ambiente nel nuovo titolo V della Costituzione*, Milano, 2004.
 - PINESCHI L., *L'evoluzione storica in La protezione dell'ambiente nel diritto internazionale*, Torino, 2009.
 - RIFICI R., *Responsabile sezione certificazione ambientale e GPP – MATTM, Il piano di azione nazionale sugli appalti verdi*, in *Gazzetta dell'Ambiente*, n. 2, 2012.
 - RICOTTA, S. *Dal GPP all'SPP: I criteri sociali negli appalti pubblici in Ecoscienza*, 5, 2014.
 - ROSSI G., *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2017.
 - ROSSI G., *Dallo sviluppo sostenibile all'ambiente per lo sviluppo*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, n. 1/2020.
 - SANDULLI M. A., DE NICTOLIS R., GAROFOLI R. (curr.) *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019.
 - SPAGNUOLO F., *Il Green Public Procurement e la minimizzazione*

dell'impatto ambientale nelle politiche di acquisto della pubblica amministrazione, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2006.

- VILLAMENA S., *Codice dei contratti pubblici 2016. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità economicità*, Milano, 2017.