

IL GREEN PUBLIC PROCUREMENT COME STRUMENTO DI SVILUPPO SOSTENIBILE

di Barbara Fenni

1-Appalti verdi e sviluppo sostenibile. 2-L'origine normativa del *green public procurement* ed il contributo della giurisprudenza. 3-L'integrazione delle istanze ambientali nella disciplina sui contratti pubblici. 4-Le considerazioni delle variabili ambientali nelle diverse fasi di aggiudicazione dell'appalto. 5-La nuova direttiva 2014/24/CE. 6-Considerazioni conclusive.

1-Appalti verdi e sviluppo sostenibile

La disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici si presenta come un *corpus* normativo dinamico con obiettivi essenzialmente di natura economica¹.

La natura prettamente economica di tale disciplina, tuttavia, non impedisce alla stessa di essere interpretata e applicata in conformità col principio dello sviluppo sostenibile di cui all'art. 2 del TCE², fermo restando il rispetto del canone della proporzionalità³.

Tale principio, inteso come quello in grado di “soddisfare i bisogni delle generazioni presenti senza compromettere le possibilità per le generazioni future di soddisfare i propri”⁴, presuppone l'evoluzione della Comunità europea da una comunità economica in una comunità politica e sociale, che integra l'interesse ambientale nella disciplina del mercato unico e della contrattazione pubblica⁵.

Proprio la necessità di garantire, anche nel settore degli appalti pubblici, uno sviluppo sostenibile ha determinato la nascita e la successiva evoluzione del *green public procurement*.

Tale espressione è utilizzata per indicare l'insieme degli strumenti giuridici attraverso cui le istanze ambientali trovano progressivo riconoscimento nella contrattualistica pubblica⁶. Trattasi, in altre parole, di un criterio generale che ha lo scopo di direzionare le scelte di acquisto delle pubbliche

¹ Libro bianco della Commissione europea *Gli appalti pubblici nell'Unione Europea*, COM (98)143.

² Comunicazione su *Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici*, COM (2001) 274.

³ V. PEPE, *Lo sviluppo sostenibile tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Riv. giur. ambiente*, 2002, p. 209.

⁴ Il concetto di “sviluppo sostenibile” compare per la prima volta nel rapporto *Our Common Future* del 1987, anche conosciuto come rapporto Brundland, dal nome del Primo Ministro norvegese, allora Presidente della Commissione Mondiale su Ambiente e Sviluppo.

⁵ Molto vasta la bibliografia in materia di sviluppo sostenibile. Si ricordano, tra gli altri, S. BORGHESI-A. VERCELLI, *La sostenibilità dello sviluppo globale*, Roma, Carocci, 2005; R. LOMONACO, *Sviluppo sostenibile e difesa dei diritti umani*, Roma, Armando, 2004; P. GRECO, *Lo sviluppo insostenibile: dal vertice di Rio a quello di Johannesburg*, Milano, Bruno Mondadori, 2003; A. LANZA, *Lo sviluppo sostenibile*, Bologna, Il Mulino, 2002; G. MORIANI, *Manuale di ecocompatibilità*, Venezia, Marsilio, 2001; E. RONCHI, *Uno sviluppo capace di futuro: le nuove politiche ambientali*, Bologna, Il Mulino, 2000.

⁶ F. SCHIZZEROTTO, *I principali provvedimenti europei ed italiani in materia di Green Public Procurement*, in *Riv. giur. ambiente*, 2004, 6, p. 967.

amministrazioni verso beni e servizi a minor impatto ambientale, rispetto a quelli tradizionalmente impiegati.

La progressiva rilevanza assunta dal *green public procurement*, all'interno delle politiche comunitarie, si spiega col fatto che in Europa gli enti pubblici rappresentano la categoria più ampia di consumatori. La spesa da questi sostenuta per la stipulazione di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture oscilla tra il 16% ed il 17% del PIL, pertanto *“utilizzando il loro potere d'acquisto per scegliere beni e servizi che rispettino anche l'ambiente, possono contribuire in misura notevole al raggiungimento dello sviluppo sostenibile”*⁷.

Se le pubbliche amministrazioni iniziassero ad orientare sistematicamente la propria domanda verso prodotti “verdi”, i riflessi sul mercato di tali beni e sulle industrie produttrici sarebbero assolutamente significativi. Questo perché, afferma la dottrina, *“le scelte pubbliche verdi hanno l'attitudine a produrre effetti ulteriori e a cascata sugli operatori economici del mercato, in termini di incentivazione a trovare soluzioni produttive eco-efficienti, anche attraverso l'innovazione, oltretutto di orientare le preferenze dei consumatori, sempre in senso ecologico”*⁸.

Inoltre, un'amministrazione che decidesse di stipulare un appalto “verde” non solo si porrebbe in condizione di proteggere l'ambiente ma anche di conseguire un rilevante risparmio di denaro⁹.

2-L'origine normativa del *green public procurement* ed il contributo della giurisprudenza

Nonostante il progressivo e crescente interesse, a livello internazionale e comunitario, verso le tematiche ambientali e la maggiore consapevolezza circa la necessità di promuovere lo sviluppo sostenibile, la disciplina relativa agli appalti pubblici è rimasta per molto tempo insensibile a tali questioni¹⁰.

⁷ L'espressione è tratta dal manuale *Acquistare verde!* della Commissione europea, 2005, p. 5.

⁸ G. FIDONE, *L'integrazione degli interessi ambientali nella disciplina dei contratti pubblici*, in *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, a cura di G. F. CARTEL, Torino, Giappichelli, 2013, p. 124.

⁹ Per una valutazione scientifica dei potenziali benefici ambientali conseguibili a fronte di un largo ricorso agli “appalti verdi” si veda il progetto di ricerca *Relief*, cofinanziato dalla Commissione europea, consultabile al sito <http://www.iclei.org/europe/ecoprocura/info/politics.htm>.

¹⁰ La nascita della questione ambientale si fa tradizionalmente risalire alla pubblicazione nel 1972 del rapporto *“Limits of Growth”* da parte di alcuni scienziati del *Massachusetts Institute of Technology* di Boston. Tale documento sostiene la necessità di modificare gli attuali modelli di sviluppo in alcuni settori fondamentali come, ad esempio, il consumo di risorse naturali e l'inquinamento, per evitare il superamento della capacità di carico dell'ambiente nei successivi cento anni. Dello stesso anno anche la *“Dichiarazione di Stoccolma sull'ambiente umano”* che codifica per la prima volta una serie di principi alla base dello sviluppo sostenibile e da cui emerge un approccio fortemente precauzionale quale strategia per preservare le risorse della terra a vantaggio delle future generazioni. In tal senso si veda D. BODANSKY, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*, Netherlands, 2002, p. 21.

La normativa, relativa alla sola procedura di aggiudicazione del contratto, appariva ispirata esclusivamente al raggiungimento di obiettivi economici, ovvero alla necessità di garantire parità di condizioni alle imprese partecipanti e di assicurare procedure trasparenti e non discriminatorie¹¹.

A conferma di quanto detto, le precedenti direttive in materia di appalti pubblici non facevano alcun riferimento alle questioni di carattere ambientale¹².

Una maggiore considerazione dei criteri ambientali nella disciplina relativa alla contrattazione pubblica si registra solo con l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht nel 1993, in cui si attribuisce per la prima volta alla Comunità europea lo scopo di assicurare una crescita economica equilibrata e sostenibile, in linea con le esigenze di tutela dell'ambiente.

Un ulteriore passo avanti è ascrivibile all'emanazione da parte della Commissione europea del Libro verde sugli appalti pubblici, in cui si prende coscienza dell'enorme incidenza che il mercato degli acquisti verdi della pubblica amministrazione, se ampiamente attuato, può avere sulla tutela dell'ambiente e la promozione dello sviluppo sostenibile¹³.

Tuttavia, è con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam nel 1997 che le esigenze connesse alla tutela dell'ambiente iniziano ad essere integrate nella *“definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni comunitarie(...)”*¹⁴. Si tratta del riconoscimento esplicito del principio di integrazione, secondo cui le questioni ambientali devono essere considerate sia nella fase di elaborazione che di successiva attuazione delle altre politiche dell'Unione.

Proprio richiamando tale principio, la Corte di Giustizia ha ritenuto perfettamente conforme ai dettami del Trattato una normativa nazionale che obbligava imprese private ad acquistare energia proveniente da fonti rinnovabili, prodotta nella loro zona, a prezzi minimi superiori al valore economico reale relativo a tale tipo di energia¹⁵. La previsione è stata giudicata legittima dalla Corte perché diretta ad assicurare l'esigenza imperativa di tutelare l'ambiente e la salute¹⁶.

La stretta connessione e la reciproca influenza tra la tutela dell'ambiente e le altre politiche comunitarie è stata riconosciuta pure dalla dottrina, secondo cui *“le azioni concernenti la tutela ambientale hanno(...)necessariamente carattere “trasversale”, nel senso che anche le altre*

¹¹ L'idea comune era che la presentazione di offerte a contenuto ambientalmente orientato avrebbe potuto tradursi in maggiori costi da sostenere per il concorrente e, quindi, penalizzarlo nell'aggiudicazione della gara.

¹² Il riferimento è alla direttiva 92/50/CEE sull'aggiudicazione degli appalti di servizi, alla 93/36/CEE sull'aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e alla 93/37/CEE in materia di lavori pubblici.

¹³ Comunicazione della Commissione, 27 novembre 1996, COM (96) 583, Libro verde. *Gli appalti pubblici nell'Unione Europea. Spunti di riflessione per il futuro.*

¹⁴ Art. 6 del Trattato CE. Attualmente il principio di integrazione è recepito all'art. 11 del TFUE.

¹⁵ Corte Giust., 13 marzo 2001, C-379/98, *Preussenelek-tra AG c. Land Schleswig-Hollstein*, Racc., 2001, I-2099.

¹⁶ Per un commento alla sentenza si veda, tra gli altri, L. RUBINI, *Brevi note a margine del caso “Preussenelektra”, ovvero come “prendere seriamente” le norme sugli aiuti di Stato e la tutela dell'ambiente nel diritto comunitario*, in *Dir. comun. scambi internaz.*, 2001, p. 473; A. COLAVECCHIO, *Misure nazionali incentivanti la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili all'esame della Corte di Giustizia: note minime in margine alla sentenza Preussenelektra*, in *Rass. Giur. energia elett.*, 2001, p. 838.

*politiche(...)producono necessariamente i propri effetti sull'ambiente; anzi, sotto questo profilo, l'esperienza ha dimostrato che spesso i maggiori rischi per la tutela dell'ambiente derivano proprio dall'attuazione delle azioni riguardanti le altre politiche"*¹⁷.

Nel 1998 la Commissione europea emanava il Libro Bianco *Gli appalti pubblici nell'Unione Europea* nel quale, oltre a segnalare una serie di iniziative dirette ad accrescere la competitività in materia di appalti pubblici e concessioni, ha evidenziato l'importanza di armonizzare la disciplina sugli appalti con la politica ambientale e sociale¹⁸.

Tale documento ha avuto il merito di fissare i limiti entro cui le amministrazioni appaltatrici possono valutare gli aspetti ambientali e sociali in una procedura di aggiudicazione, in modo tale da garantire il rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione, e di individuare le diverse fasi della procedura in cui tali variabili possono trovare collocazione.

Qualche anno dopo la Commissione europea ha adottato il *Sesto Programma d'Azione per l'Ambiente*¹⁹ in cui, in linea con l'obiettivo di "sganciare l'impatto ed il degrado ambientale dalla crescita economica", si propone di garantire, da un lato, una migliore efficienza e una migliore gestione delle risorse e dei rifiuti e, dall'altro, il passaggio a modelli di consumo più sostenibili.

Con specifico riferimento alla materia dei rifiuti e alla necessità di ridurre produzione e pericolosità, la Commissione menziona nel Programma proprio il *green public procurement*, quale utile strumento a disposizione delle pubbliche amministrazioni per orientare i propri acquisti verso beni e servizi in grado di produrre già a monte un minor quantitativo di rifiuti.

In tale direzione si colloca pure il Libro verde *Sulla politica integrata relativa ai prodotti*²⁰, secondo cui l'incremento indiscriminato dei consumi sarebbe la principale causa dei fenomeni quali l'inquinamento e l'eccessivo impoverimento delle risorse. Per invertire il fenomeno, dice la Commissione, occorre adottare politiche ambientali basate sulla promozione e incentivazione alla produzione di beni più ecologici e abbandonare progressivamente l'uso di strumenti tradizionali quali i controlli amministrativi e le sanzioni che si sono rivelati in tal senso poco efficaci.

Nella Comunicazione su *Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici* del 2001 si intravede una prima

¹⁷ G. GARZIA, *Costituzione europea e tutela dell'ambiente: riflessioni e problemi aperti*, in www.giuristiambientali.it. Sul carattere trasversale della tutela dell'ambiente si veda: F. POCAR, *Commentario breve ai trattati della Comunità e dell'Unione Europea*, Padova, Cedam, 2001, p. 112; F. DE LEONARDIS, *La disciplina dell'ambiente tra Unione Europea e WTO*, in *Riv. dir. amm.*, 3, 2003; L. KRAMER, *Manuale di diritto comunitario per l'ambiente*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2002, p. 90.

¹⁸ C. ALBERTI, *Tutela ambientale, politica sociale e appalti: verso uno sviluppo sostenibile del mercato unico. Primi interventi interpretativi della Commissione CE*, in *Riv. trim. appalti*, 2002.

¹⁹ Comunicazione della Commissione, 24 gennaio 2001, COM (2001) 31.

²⁰ Comunicazione della Commissione, 7 febbraio 2001, COM (2001) 68.

embrionale regolamentazione del *green public procurement*, diretta ad inserire nella disciplina sugli appalti pubblici considerazioni di carattere ambientale²¹.

In tale documento la Commissione, pur riconoscendo come non è in suo potere “*in un documento di carattere interpretativo come questo, proporre soluzioni che esulino dall’attuale regime degli appalti pubblici*” e che “*l’interpretazione del diritto comunitario resta di esclusiva competenza della Corte di Giustizia*”, riconosce come “*la crescita economica e il mantenimento di un livello accettabile di qualità ambientale non sono necessariamente in contraddizione*”.

Partendo da tali premesse, e in attuazione del principio di integrazione, la Commissione affida al suddetto documento il compito di “*analizzare e di mettere in luce le possibilità che la legislazione comunitaria vigente offre alle pubbliche autorità di integrare le considerazioni di carattere ambientale nella loro politica degli appalti, e di contribuire in tal modo a uno sviluppo sostenibile*”.

Procedendo ad un esame delle diverse fasi in cui si struttura il procedimento di aggiudicazione, l’Istituzione comunitaria ha individuato puntualmente i diversi momenti in cui le variabili ambientali possono essere inserite discrezionalmente da parte dell’amministrazione appaltatrice, sempre a condizione che l’introduzione di tali componenti non si traduca in una restrizione della concorrenza o in una discriminazione per nazionalità tra i concorrenti.

Per quanto concerne il contributo della giurisprudenza, già prima dell’entrata in vigore della direttiva 2004/18/CE, la Corte di Giustizia si era pronunciata, nel caso *Concordia Bus Finland*, sull’ammissibilità dei criteri ambientali quali criteri di aggiudicazione di un appalto.

La vicenda riguardava un appalto di trasporto urbano di linea da aggiudicare in base all’offerta economicamente più vantaggiosa in cui tre erano i criteri da considerare: il prezzo complessivo della gestione, la qualità del materiale e la gestione qualitativa ed ambientale da parte dell’imprenditore, ovverosia il rispetto da parte dello stesso di criteri non strettamente economici ma ecologici²².

Secondo la Corte i criteri enunciati nelle direttive in materia di appalti pubblici hanno carattere esemplificativo e non impediscono alla stazione appaltante, nell’esercizio del suo potere discrezionale, di richiedere il soddisfacimento di criteri non strettamente economici, in ossequio al principio di integrazione di cui all’art. 6 del Trattato CE.

Già in precedenza il giudice comunitario si era espresso favorevolmente sulla possibilità di considerare, nell’ambito di una procedura di aggiudicazione di lavori, criteri a carattere “sociale”,

²¹ Comunicazione interpretativa della Commissione europea, COM (2001) 274.

²² Corte Giust. CE, 17 settembre 2002, causa C-513/99, *Concordia Bus Finland*. Per una nota alla sentenza si veda, tra gli altri, 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.

In materia si veda pure F. SPAGNUOLO, *Il Green public procurement e la minimizzaizone dell’impatto ambientale nelle politiche di acquisto della pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubb. comunitario*, 2006, p. 397.

purché non producessero effetti discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti di offerenti provenienti da altri Stati membri e fossero adeguatamente pubblicizzati nel bando di gara²³.

In una diversa, ma di poco successiva, occasione la Corte ha affrontato la questione relativa alla “misura” entro cui i criteri ambientali possono legittimamente incidere nella scelta dell’offerta economicamente più vantaggiosa²⁴. Secondo la Corte “*la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici non osta a che un’Amministrazione aggiudicatrice adotti, nell’ambito della valutazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa per assegnare un appalto di fornitura d’elettricità, un criterio d’aggiudicazione che impone la fornitura d’elettricità ottenuta da fonti di energia rinnovabili, collegato ad un coefficiente del 45%*”. Viceversa, sostiene il Giudice comunitario, è illegittimo quel criterio di aggiudicazione volto a richiedere un quantitativo di energia derivante da fonti rinnovabili di gran lunga superiore rispetto al previsto fabbisogno dell’appaltante, in quanto non più pertinente e collegato all’oggetto del contratto.

In linea con l’orientamento espresso dal giudice comunitario, anche il Consiglio di Stato ha riconosciuto come la normativa nazionale e comunitaria non impedisce di considerare, in sede di valutazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa, criteri di carattere non strettamente economico, relativi alle caratteristiche qualitative delle offerte²⁵.

Lo stesso la giurisprudenza di I grado si era già espressa nel senso dell’illegittimità di un bando di gara da aggiudicare secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa in cui tutti i criteri di scelta erano riferibili unicamente al prezzo dei servizi offerti²⁶.

3- L’integrazione delle istanze ambientali nella disciplina sui contratti pubblici

L’emanazione della direttiva 2004/18/CE è stata determinata dalla necessità di racchiudere in un unico *corpus* normativo le precedenti direttive che regolavano la procedura di aggiudicazione degli appalti di servizi, forniture e lavori²⁷.

²³ Corte Giust. CE, 20 settembre 1988, causa C-31/87, *Beentjes*, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 579. In dottrina si veda R. CARANTA-M. TRYBUS, *The Law of Green and Social Procurements in Europe*, Copenhagen, DJØF, 2010; S. ARROWSMITH-P.KUNZLIK, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009; C. ALBERTI, *Tutela ambientale, politica sociale e appalti: verso uno sviluppo sostenibile del Mercato unico. Primi interventi interpretative della Commissione CE*, in *Riv. Trim. Appalti*, 2002.

²⁴ Corte Giust. CE, 4 dicembre 2003, causa C-448/01, *EVN AG. et Wienstrom GmbH c. Republik Österreich*, in *Racc. I*, p. 1427 e ss.

²⁵ Cons. St., sez. V, 15 settembre 2001, n. 4820 in *Foro amm.*, 2001, p. 2386. Nello stesso senso Cons. St., sez. VI, 22 gennaio 2001, n. 192, in *Giur. it.*, 2001.

²⁶ Tar Piemonte, sez. II, 13 gennaio 2001, n. 12, in *Foro amm.*, 2001, p. 1247.

²⁷ Per un esame puntuale della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici ed il suo recepimento nel d.lgs. 163/2006 si veda, tra gli altri, F. SAITTA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Cedam, 2008; M.A. SANDULLI, *Trattato sui contratti pubblici*, Giuffrè, 2008; R. DE NICTOLIS, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Giuffrè, 2007.

Scopo della rinnovata disciplina era quello di favorire una maggiore apertura degli appalti pubblici alla concorrenza, garantendo al contempo una maggiore flessibilità delle procedure di aggiudicazione ed il “*recupero della discrezionalità amministrativa*”²⁸.

La direttiva 2004/18/CE ammette per la prima volta esplicitamente la possibilità per le stazioni appaltatrici di considerare, nella valutazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa, criteri che non siano propriamente economici, come quelli ambientali o sociali²⁹.

Tuttavia, “*la possibilità (...) di fare riferimento a criteri ulteriori rispetto a quelli originalmente indicati nelle varie direttive, non significa che qualsiasi criterio di natura ambientale (o sociale) possa essere preso in considerazione*”³⁰. Ciò è possibile a condizione che “*tali criteri siano collegati all’oggetto dell’appalto, non conferiscano all’amministrazione aggiudicatrice una libertà incondizionata di scelta, siano espressamente menzionati e rispettino i principi fondamentali di cui al Considerando 2*”³¹.

La legittimità di tali criteri è, dunque, predicabile a condizione che essi siano pertinenti rispetto all’oggetto dell’appalto³², previamente pubblicati, e rispettosi dei principi fondamentali del diritto comunitario, come la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, la parità di trattamento, la non discriminazione, il principio di trasparenza e proporzionalità. In altre parole, si tratta di conciliare la tutela dell’ambiente con quella della concorrenza.

La Direttiva si pone l’obiettivo di orientare le pubbliche amministrazioni verso l’acquisto di beni, servizi e lavori con caratteristiche di eco-efficienza, stimolando al contempo le imprese produttrici ad immettere sul mercato prodotti con tali caratteristiche³³.

Non si tratta, dice la dottrina, “*di una diminuzione di attenzione rispetto alla protezione dei valori della concorrenza in favore delle nuove istanze sociali e ambientali, ma del definitivo*

²⁸ G. FIDONE, *L’integrazione degli interessi ambientali nella disciplina dei contratti pubblici*, in *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, cit., 2013, p. 134.

²⁹ Lo stesso dicasi per la direttiva 2004/17/CE relativa all’aggiudicazione degli appalti degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali.

³⁰ R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Giappichelli, 2012, p. 492.

³¹ Considerando 1 della direttiva 2004/18/CE.

³² C. COLOSIMO, *L’oggetto del contratto, tra tutela della concorrenza e pubblico interesse*, in G. D. COMPORTI, *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011.

Come ribadito dall’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici nel parere n 110 del 27 maggio 2010 è facoltà della pubblica amministrazione prevedere dei requisiti di partecipazione diversi ed ulteriori rispetto a quelli legali, sempre che risultino logici, ragionevoli e conformi allo scopo perseguito, così da non restringere oltre misure il novero dei potenziali concorrenti e creare una situazione ingiustificata di privilegio.

In giurisprudenza si veda Cons. St., sez. V, n. 8914 del 29 dicembre 2009; Cons. St., sez. V., n. 6534 del 23 dicembre 2008; Tar Molise, sez. I, n. 107 del 2 aprile 2008; Cons. St., sez. VI, n. 2304 del 3 aprile 2007.

³³ M. CLARICH, *La tutela dell’ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 2007, n. 1, p. 219 e ss. Nello stesso senso M. CAFAGNO-F. FONDERICO, *Riflessione economica e modelli di azione amministrativa a tutela dell’ambiente*, in P. DELL’ANNO- E. PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell’ambiente*, Padova, Cedam, 2012.

*riconoscimento della necessità di coniugare tali istanze non economiche con i meccanismi tipici del mercato concorrenziale*³⁴.

Il Codice dei contratti pubblici, ovvero il d.lgs. 163/2006, in recepimento delle citate direttive comunitarie ha riconosciuto l'importanza di coniugare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa con quello della sostenibilità. Al riguardo l'art. 2, comma 2, afferma che *“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 ad esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile”*.

Il documento interpretativo del Ministero dell'Ambiente *Acquisti verdi per la pubblica amministrazione: lo stato dell'arte, evoluzione normativa e indicazioni metodologiche* del 2006, a proposito dell'art. 2, comma 2, del d.lgs. 163/2006 *“chiarisce che è legittimo considerare prioritaria l'esigenza di proteggere ambiente e salute umana, di promuovere lo sviluppo sostenibile e tutelare le esigenze sociali anche a scapito di non garantire sempre e in ogni caso un rapporto conveniente tra i risultati ottenuti e risorse impiegate, purché ciò avvenga nel rispetto della trasparenza, della par condicio e della concorrenza”*.

In altre parole, mentre i principi di proporzionalità, trasparenza, parità di condizione e non discriminazione non cedono di fronte ad esigenze di tutela ambientale, la pubblica amministrazione è tenuta al rispetto del principio di economicità a condizione che lo stesso non sia di ostacolo al perseguimento di altre finalità pubbliche, inclusa la stessa tutela dell'ambiente.

La cedevolezza del principio di economicità presuppone, tuttavia, una norma che la legittimi³⁵. In mancanza, ogni clausola o prescrizione diretta a subordinare tale principio ad altri interessi, anche di natura ambientale, risulta inammissibile.

In tale direzione e sempre a livello nazionale la legge 27 dicembre 2006 n. 296 ha previsto all'art. 1, comma 1126 l'attuazione ed il monitoraggio di un *“Piano d'azione per la sostenibilità ambientale della pubblica amministrazione”* che prevede entro il 2014 il raggiungimento di una soglia di appalti verdi pari al 50% di quelli stipulati per le singole categorie di affidamenti e forniture.

4-La considerazione delle variabili ambientali nelle diverse fasi di aggiudicazione dell'appalto

La definizione dell'oggetto di un appalto costituisce un momento di ampia libertà per la pubblica amministrazione in quanto *“la legislazione in materia di appalti pubblici non è particolarmente interessata a che cosa comprano gli enti aggiudicatori, ma piuttosto a come comprano”*³⁶.

³⁴ G. FIDONE, *L'integrazione degli interessi ambientali nella disciplina dei contratti pubblici*, in *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, cit., 2013, p. 140.

³⁵ Parte della dottrina parla di “relativizzazione” del principio. Così afferma M. P.CHITI, *I principi*, in M. A. SANDULLI-R. DE NICTOLIS-R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2008, p. 164.

³⁶ *Manuale Acquistare verde!* della Commissione europea, 2005, p. 14.

In virtù di tale potere l'amministrazione appaltatrice può decidere di includere considerazioni di carattere ambientale nelle diverse fasi della procedura di aggiudicazione, sempre che ciò non si traduca in una limitazione o in un ostacolo per l'accesso sul mercato di alcuni operatori.

L'oggetto dell'appalto può essere descritto per prestazioni o per caratteristiche³⁷. Una volta definito va tradotto in specifiche tecniche, ovvero in criteri minimi di conformità, in grado di far comprendere ai potenziali concorrenti le caratteristiche dello stesso e, di conseguenza, se possono essere o meno interessati³⁸.

Il *Considerando 29* della direttiva 2004/18/CE ammette esplicitamente la possibilità di introdurre requisiti ambientali in sede di determinazione di tali specifiche. *“Le amministrazioni aggiudicatrici che desiderando definire requisiti ambientali nelle specifiche tecniche di un determinato contratto possono prescrivere le caratteristiche ambientali, quali un metodo di produzione determinato, e/o gli effetti ambientali specifici di gruppi di prodotti o di servizi”*.

Al riguardo le amministrazioni, prosegue la direttiva, *“possono utilizzare, ma non vi sono obbligate, le specifiche adeguate definite dall'ecoetichettatura (...) purché i requisiti per l'etichettatura siano elaborati ed adottati in base ad informazioni scientifiche mediante un processo cui possono partecipare le parti interessate, (...) e purché l'etichettatura sia accessibile e disponibile per tutte le parti interessate”*³⁹.

Ai sensi dell'art. 23 della direttiva, se è vero che le amministrazioni aggiudicatrici possono presumere come conformi alla prescrizioni tecniche indicate nei capitoli d'oneri i prodotti o i servizi muniti di ecoetichetta, è altrettanto vero che qualsiasi altro mezzo di prova, idoneo a dimostrare il rispetto di tali prescrizioni, deve essere accettato⁴⁰.

Considerazioni di carattere ambientale possono rilevare anche in sede di determinazione delle ipotesi di esclusione. Può, infatti, non essere ammessa alla gara quell'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”*⁴¹.

³⁷ La Commissione europea, nel manuale *Acquistare verde!* del 2005, afferma che *“un approccio basato sulle prestazioni di solito offre maggiori opportunità alla creatività del mercato e in alcuni casi rappresenta una sfida per il mercato nello sviluppo di soluzioni tecniche innovative”*.

³⁸ Sulla natura di tali specifiche si veda Cons. St., sez. V, 8 settembre 2008, n. 4272.

³⁹ Art. 68, comma 9, del d.lgs. 163/2006.

⁴⁰ Anche l'art. 68, comma 4, del d.lgs. 163/2006 afferma che *“le stazioni appaltanti non possono respingere un'offerta per il motivo che i prodotti e i servizi offerti non sono conformi alle specifiche alle quali hanno fatto riferimento, se nella propria offerta l'offerente prova in modo ritenuto soddisfacente dalle stazioni appaltanti, con qualsiasi mezzo appropriato, che le soluzioni da lui proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche”*. In giurisprudenza si veda Tar Lombardia, sez. I, 19 maggio 2009, n. 3758; Tar Sardegna, sez. I, 17 febbraio 2009, n. 197.

⁴¹ Art. 45, comma 2, lett. c) della direttiva 2004/18/CE.

La disposizione, in altre parole, attribuisce la possibilità all'amministrazione appaltatrice di escludere dalla procedura quel concorrente che sia stato condannato in via definitiva per un reato ambientale, qualificato dalla normativa nazionale come incidente sulla sua moralità professionale.

L'art. 38 del Codice dei contratti pubblici, parallelamente, prevede che siano esclusi dalla partecipazione alle procedure per l'affidamento di servizi, lavori e forniture quei concorrenti che siano stati condannati con sentenza passata in giudicato o altro provvedimento ad esso equiparabile dal giudice penale per "reati gravi" o incidenti sulla "moralità professionale", ovvero in presenza di reati inerenti l'attività professionale svolta ed idonei a testimoniare il mancato rispetto dei principi deontologici della professione.

Tuttavia, come più volte chiarito dalla giurisprudenza, *"l'esistenza di un precedente penale non comporta automaticamente un giudizio negativo sulla moralità professionale del concorrente aspirante aggiudicatario di un appalto pubblico (dovendo valutarsi alla stregua della sua rilevanza con l'oggetto della gara, dell'entità della pena, del tempo trascorso dalla commissione del fatto, etc.)"*⁴².

Le direttive in materia di appalti prevedono criteri di selezione che possono essere scelti dalle amministrazioni allo scopo di verificare la capacità tecnica dei concorrenti⁴³.

In quelli relativi alla gestione dei rifiuti, alle attività di costruzione, ristrutturazione e manutenzione di edifici e, più in generale, in quegli appalti la cui esecuzione può determinare danni all'ambiente, le stazioni appaltatrici richiedono spesso 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 inquinanti⁴⁴.

Fermo restando il collegamento con l'oggetto dell'appalto, l'art. 48, par. 2, lett. f) della direttiva 2004/18/CE consente all'ente aggiudicatore di utilizzare come criterio di selezione *"per gli appalti pubblici di lavori e servizi unicamente in casi appropriati, l'indicazione delle misure di gestione ambientale che l'operatore economico potrà applicare durante la realizzazione del contratto"*⁴⁵.

⁴² Tar Veneto, sez. I, n. 349 del 6 marzo 2013. Nello stesso senso Tar Lecce, sez. III, 13 novembre 2012, n. 1871; Cons. St., sez. V, 30 giugno 2011, n. 3924; Cons. St., sez. III, 11 marzo 2011, n. 1583.

⁴³ Ai sensi dell'art. 42, comma 2, del d.lgs. 163/2006 *"la stazione appaltante precisa nel bando di gara o nella lettera d'invito quali dei suindicati documenti e requisiti devono essere presentati o dimostrati"*.

⁴⁴ Purché coerenti con l'oggetto dell'appalto e proporzionali, l'amministrazione può richiedere requisiti di partecipazione più rigidi ed ulteriori rispetto a quelli previsti direttamente dalla legge. Nella sentenza n. 525, del 2 febbraio 2009, la V Sezione del Consiglio di Stato ha affermato che *"la stazione appaltante dispone di una certa discrezionalità nel fissare i requisiti di partecipazione alla singola gara (...). Perciò, l'Amministrazione è legittimata ad introdurre, nella lex specialis della gara d'appalto che intende indire, disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti onde consentire la partecipazione alla gara stessa di soggetti particolarmente qualificati, specie per ciò che attiene al possesso di requisiti di capacità tecnica e finanziaria, tutte le volte in cui tale scelta non sia eccessivamente quanto irragionevolmente limitativa della concorrenza"*. Nello stesso senso Cons. St., sez. V, n. 7247 del 19 novembre 2009; Tar Puglia, sez. III, n. 2247 del 6 ottobre 2009; Tar Liguria, sez. II, n. 1238 del 27 maggio 2009.

⁴⁵ Art. 40, comma 4, lett. d) del d.lgs. 163/2006.

A tal riguardo le organizzazioni che auspicano il miglioramento delle proprie prestazioni di carattere ambientale possono decidere di attuare un sistema di gestione ambientale come l'EMAS (*Eco-Management and Audit Scheme*) o l'EN/ISO 14001⁴⁶.

Trattasi di “*strumenti organizzativi che mirano a migliorare le prestazioni ambientali globali dell'organizzazione che li utilizza. Consentono alle organizzazioni di avere un quadro chiaro del loro impatto ambientale, aiutandole a raggiungere gli obiettivi importanti in termini di ambiente e forniscono loro un supporto a livello gestionale per un continuo miglioramento delle loro prestazioni ambientali*”⁴⁷.

Tali strumenti hanno carattere volontario ed in nessun caso l'ente appaltatore può richiedere come requisito obbligatorio ad una società concorrente di avervi aderito. Le pubbliche amministrazioni, inoltre, ai sensi dell'art. 50 della direttiva, sono tenute a riconoscere “*i certificati equivalenti in materia rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati membri*”, così pure ad accettare “*altre prove relative a misure equivalenti in materia di gestione ambientale, prodotte dagli operatori economici*”⁴⁸.

L'introduzione di criteri verdi, in grado di orientare in senso ecologico una procedura d'appalto, può riguardare anche la fase dell'aggiudicazione, momento in cui la stazione appaltante valuta la qualità delle offerte e pone a confronto i relativi prezzi.

Tale valutazione, in base a quanto disposto nelle direttive sugli appalti pubblici, può aver riguardo unicamente al prezzo o all'offerta “*economicamente più vantaggiosa*”⁴⁹. In questo secondo caso, oltre al dato economico, sono considerati ulteriori criteri di aggiudicazione come quelli di natura ambientale, se espressamente previsti⁵⁰.

In tal caso l'offerta sarà individuata sulla base di criteri che le amministrazioni dovranno previamente pubblicare e specificare, non solo riguardo alla tipologia ma anche, e soprattutto, in relazione al peso e all'incidenza riconosciuta a ciascuno di essi. Tali criteri dovranno essere attinenti all'oggetto dell'appalto e idonei ad assicurare una valutazione complessiva delle offerte sia dal punto di vista economico che qualitativo.

⁴⁶ F. DELFINO, *Norme di gestione ambientale*, commento all'art. 44, in R. GAROFOLI- G. FERRARI, *Il nuovo Codice degli appalti pubblici*, Milano, Hoepli, 2008, p. 386.

⁴⁷ *Manuale Acquistare verde!* della Commissione europea, cit., p. 30.

⁴⁸ Art. 44 del d.lgs. 163/2006.

⁴⁹ 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, (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 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.

⁵⁰ Art. 53 della direttiva 2004/18/CE.

Ciò vuol dire che “*non è necessario che ciascun criterio di aggiudicazione comporti un vantaggio economico per l’ente aggiudicatore, ma che l’insieme dei criteri di aggiudicazione (cioè economici e ambientali) consenta di determinare l’offerta con il miglior rapporto qualità/prezzo*”⁵¹.

Per quanto riguarda la determinazione del prezzo, che costituisce pur sempre uno dei fattori più rilevanti nell’aggiudicazione di un appalto, occorre partire dalla premessa che esso rappresenta solo una delle componenti del suo costo. Il costo di un appalto è ricavabile attraverso un processo di “*life-cycle costing*” che prende in considerazione tutti i costi intervenuti nelle diverse fasi in cui si articola il ciclo di vita di un prodotto o servizio.

La valutazione del costo del ciclo di vita di un prodotto, quale criterio di scelta dell’offerta economicamente più vantaggiosa, anche se non menzionato esplicitamente nella direttiva, è fortemente auspicato dalla Commissione europea nel più volte citato manuale *Acquistare verde!*

Ai sensi dell’art. 81 del Codice dei contratti pubblici, nella scelta tra i due criteri, la stazione appaltante è tenuta a ricorrere a quello più idoneo in relazione alle caratteristiche dell’appalto. Trattasi di scelta discrezionale sindacabile unicamente in caso di manifesta illogicità, travisamento o inadeguatezza⁵².

Aspetti di carattere ambientale possono incidere anche successivamente alla conclusione della procedura di aggiudicazione dell’appalto⁵³. Ciò accade nei casi in cui la stazione appaltante aveva inserito nell’avviso di gara o nelle specifiche alcune clausole di esecuzione del contratto, basate su considerazioni di carattere ambientale⁵⁴.

La legittimità di tali clausole presuppone la conformità al diritto comunitario e la preventiva pubblicazione nel bando di gara o nell’invito.

5- La nuova direttiva 2014/24/CE

Pressoché contemporaneamente all’elaborazione della proposte per le nuove direttive in materia di appalti pubblici⁵⁵, la Commissione europea ha pubblicato il Libro verde *sulla modernizzazione della politica dell’UE in materia di appalti pubblici-Per una maggiore efficienza del mercato europeo*

⁵¹ Manuale *Acquistare verde!* della Commissione europea, 2005, p. 33.

⁵² Cons. St., sez. V, del 3 dicembre 2010, n. 8408, in www.giustizia-amministrativa.it. In tal senso si veda pure Tar Puglia, n. 1244 del 30 agosto 2011; Cons. St., sez. VI, n. 2482 del 27 aprile 2011; Cons. St., sez. V, n. 1464 dell’8 marzo 2011; Tar Roma, sez. II-*quater*, n. 987 del 2 febbraio 2011; Tar Veneto, sez. I, n. 2404 del 15 settembre 2009; Tar Lazio, sez. III, n. 4396 del 29 aprile 2009; Tar Sicilia, sez. III, n. 853 del 26 giugno 2008.

⁵³ La fase di esecuzione non trova disciplina nella direttiva 2004/18/CE che riguarda il solo procedimento di aggiudicazione.

⁵⁴ Art. 26 della direttiva 2004/18/CE e art. 69 del d.lgs. 163/2006.

⁵⁵ Nella Comunicazione del 13 aprile 2011, *Atto per il mercato unico: dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia*, la Commissione ha individuato dodici azioni che l’Unione europea è chiamata ad attivare con priorità entro la fine del 2012. Tali azioni includono la riforma e l’innovazione della disciplina in materia di appalti pubblici, allo scopo di consentire alle pubbliche amministrazioni l’adozione di procedure di aggiudicazione più flessibili e semplici. Tale dibattito è sfociato nel dicembre 2011 in tre proposte di direttive: una per gli appalti nei settori ordinari, una per i settori speciali ed una per le concessioni.

degli appalti, del 27 gennaio 2011⁵⁶. In tale documento la Commissione europea riconosce come l'auspicato conseguimento di una maggiore efficienza della spesa pubblica passa non solo attraverso il potenziamento della concorrenza e la maggiore semplicità e flessibilità delle procedure di aggiudicazione, ma anche attraverso il raggiungimento di “*obiettivi sociali comuni*” tra cui “*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*”.

Nella parte quarta del Libro verde l'Istituzione comunitaria sottolinea il ruolo strategico degli appalti pubblici per affrontare sfide come la tutela dell'ambiente, la lotta al cambiamento climatico o la riduzione delle materie prime impiegate, sul presupposto che la domanda di beni e servizi ambientalmente sostenibili possa orientare negli anni a venire la produzione e, di conseguenza, gli stessi modelli di consumo.

Rispetto al “*come acquistare*” la Commissione si interroga sulla possibilità di modificare le attuali direttive in materia di appalti pubblici per introdurre sistemi di gara più flessibili, accrescendo, in tal modo, il potere discrezionale della pubblica amministrazione, così pure riflette sull'opportunità di prescrivere che le specifiche siano definite in termini di prestazioni o di requisiti funzionali e su quale sia la procedura di aggiudicazione più adatta a tener conto della variabili ambientali.

Altri interrogativi concernono la possibilità per le stazioni appaltanti di tener conto della competenza specifica e dell'esperienza acquisita su aspetti ambientali rilevanti per lo specifico appalto, nonché l'opportunità di eliminare come criterio di selezione delle offerte quello del prezzo più basso o ridurre l'applicazione ed il peso.

Particolarmente interessante il quesito n. 73 in cui la Commissione si interroga sulla rilevanza del criterio ambientale costituito del costo del ciclo di vita di un prodotto o servizio nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa e i quesiti dal 79 all'82 in cui si domanda se sia opportuno o meno mantenere lo stretto collegamento delle variabili ambientali con l'oggetto dell'appalto.

L'introduzione di criteri verdi da parte delle pubbliche amministrazioni può riguardare anche il “*che cosa acquistare*”. Ciò può accadere, ad esempio, attraverso l'imposizione di requisiti obbligatori relativi al livello massimo di utilizzo di energia o risorse, o fissando obiettivi specifici come il raggiungimento di una soglia minima di appalti verdi o, ancora, creando un sistema di incentivazione in grado di orientare le decisioni delle stazioni appaltanti verso prodotti a minor impatto ambientale.

⁵⁶ Tale documento prende spunto dalla Comunicazione della Commissione europea *Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva* del 2010 che individua come priorità lo sviluppo di un'economia basata sull'innovazione e sulla conoscenza, efficiente sotto il profilo delle risorse, sostenibile e con alti livelli di occupazione.

Alcuni dei quesiti sollevati nel Libro verde hanno trovato una prima considerazione nella proposta di direttiva sugli appalti del 20 dicembre 2011 ed ora nella versione definitiva pubblicata in gazzetta il 28 marzo 2014.

La direttiva 2014/24/CE, relativa all'affidamento dei contratti di appalto di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari⁵⁷, dispone al *Considerando 2* che “*gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020, illustrata nella comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010 dal titolo «Europa 2020—Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva» («strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva»), in quanto costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva garantendo contemporaneamente l'uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici. A tal fine, la normativa sugli appalti(...)dovrebbe essere rivista e aggiornata in modo da accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale*”.

La lettura del *Considerando* ci consente di individuare i tre principali obiettivi alla base della riforma: garantire un uso più efficiente dei fondi pubblici, attraverso una maggiore semplificazione e flessibilità delle procedure⁵⁸; realizzare una maggiore apertura dei mercati a livello europeo, favorendo la partecipazione delle piccole e medie imprese e di offerenti transfrontalieri; promuovere l'innovazione e l'eco-innovazione intesa, quest'ultima, come “*qualsiasi forma di innovazione che riduce impatti negativi per l'ambiente, aumenta la resistenza alle pressioni ambientali e consente un uso più efficace e responsabile delle risorse naturali*”⁵⁹ ed, infine, assicurare la tutela sociale e ambientale.

Le considerazioni di carattere ambientale trovano maggior spazio nel testo della nuova direttiva.

Innanzitutto si supera l'equivalenza tra i due tradizionali criteri di aggiudicazione. L'offerta economicamente più vantaggiosa, definita dalla nuova direttiva come “*miglior rapporto qualità/prezzo*”⁶⁰, diventa il criterio principe, mentre quello del prezzo più basso acquisisce valore

⁵⁷ L'iniziativa del legislatore europeo si è articolata nella redazione contemporanea di tre direttive: una per gli appalti nei settori ordinari, la 2014/24/CE, un'altra relativa agli appalti nei settori speciali, la 2014/25/CE, ed una terza relativa all'aggiudicazione dei contratti di concessione, la 2014/23/CE.

⁵⁸ La direttiva 2014/24/CE ha introdotto all'art. 31 una nuova procedura di aggiudicazione, ovvero il “partenariato per l'innovazione”. Si tratta di una procedura speciale per la ricerca, lo sviluppo e la successiva acquisizione di prodotti innovativi ancora non presenti sul mercato applicabile a condizione che tali beni, servizi e lavori possano essere effettuati nel rispetto dei livelli di prestazione e dei costi già concordati, senza necessità di bandire una separata gara per il loro acquisto.

⁵⁹ Commissione europea, COM (2011) 899.

⁶⁰ *Considerando 89* della direttiva 2014/24/CE.

residuale⁶¹. Tal ultimo criterio, inoltre, presuppone la valutazione del costo dell'intero ciclo di vita del bene, dall'approvvigionamento delle materie prime, alla produzione, fino alla gestione a fine vita⁶² e determina, di conseguenza, la necessità di considerare ed includere i costi ambientali direttamente nell'offerta. Ciò potrà stimolare i potenziali aggiudicatari a trovare soluzioni tecnologiche in grado di ottimizzare tali costi e accrescere, sul lungo termine, l'efficienza della spesa pubblica.

Altra disposizione di interesse è costituita dal *Considerando 37* in cui la Commissione, “*in vista di un'adeguata integrazione dei requisiti in materia ambientale, sociale e di lavoro*”, attribuisce a ciascuno Stato membro e alle stesse amministrazioni aggiudicatrici il compito di adottare “*misure pertinenti per garantire il rispetto degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro*” previste dal diritto europeo, nazionale, dai contratti collettivi ovvero da accordi o provvedimenti internazionali, sempre che siano conformi al diritto dell'Unione.

Il rispetto di tali obblighi è fatto oggetto di valutazione nel corso della procedura di selezione, di aggiudicazione e di verifica dell'offerta anomala e può riguardare anche il subappaltatore nelle ipotesi in cui l'impresa aggiudicataria abbia fatto ricorso a tale contratto.

Tale previsione, infatti, scoraggia la stazione appaltante a ricorrere al subappalto nei confronti di società, anche provenienti da Paesi terzi, caratterizzate da un minor costo del lavoro, da una minore tutela sociale e dalla vigenza di standard di tutela meno stringenti rispetto a quelli imposti a livello europeo, al solo scopo di eludere il rispetto della relativa disciplina.

Particolarmente importante è l'introduzione, già accennata, del *life-cycle costing*, inteso nella direttiva in esame come il costo di un appalto di lavori, servizi e forniture lungo “*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*”⁶³.

Tali costi si distinguono in interni, ovvero sostenuti dall'amministrazione e relativi all'acquisizione, alla produzione, all'uso, alla manutenzione, alla fase di gestione a fine vita, e costi che si riferiscono

⁶¹ N. TORCHIO, *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in www.lineeavcp.it.

⁶² Come correttamente osserva la dottrina, il criterio del “prezzo” è stato sostituito con quello del “costo” più basso nella cui valutazione entrano in gioco elementi ulteriori rispetto al prezzo, in linea con un approccio costo/efficacia. Così G. FIDONE, *L'integrazione degli interessi ambientali nella disciplina dei contratti pubblici*, in *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, cit., 2013, p. 171.

⁶³ Art. 2, p. 20, della direttiva 2014/24/CE. Già in precedenza e proprio con riguardo al *green public procurement* una definizione di “*life-cycle costing*” era contenuta nella Comunicazione della Commissione *Sviluppare il concetto di ciclo di vita ambientale*, COM(2003)302.

alle esternalità ambientali, come quelli determinati dalle emissioni di gas ad effetto serra o provenienti da altre sostanze inquinanti.

Tale approccio, basato sulla valutazione del costo dell'intero ciclo di vita, offre *“una visione globale del “mercato ecologico”, sinergico con tutti i settori che interagiscono nella produzione del bene. In tal modo si evita che le iniziative incentrate su singole fasi del ciclo di vita si limitino a trasferire il carico ambientale su altre fasi”*⁶⁴.

Ne consegue che le specifiche tecniche dovranno essere formulate in maniera tale da consentire la presentazione di offerte che tengano conto di tale criterio, così pure della sostenibilità del processo di produzione di lavori, servizi e forniture⁶⁵.

Ai sensi del *Considerando 74*, infatti, *“le specifiche tecniche fissate dai committenti pubblici devono permettere l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nonché il conseguimento degli obiettivi di sostenibilità. A tal fine dovrebbe essere possibile presentare offerte che riflettono la varietà delle soluzioni tecniche, delle norme e delle specifiche tecniche prevalenti sul mercato, tra cui quelle definite sulla base dei criteri in materia di prestazione legati al ciclo di vita e alla sostenibilità del processo di produzione di lavori, forniture e servizi”*.

Altra novità è costituita dalla previsione di cui all'art. 57, par. 4, lett. a) che consente alle amministrazioni aggiudicatrici, in alternativa ad un obbligo di legge, di escludere dalla procedura di aggiudicazione quel soggetto che risulti aver violato disposizioni di carattere ambientale, così pure l'art. 69, comma 2, lett. d) secondo cui le precisazioni ed i chiarimenti che le stazioni appaltatrici generalmente richiedono in caso di offerte anormalmente basse possono concernere anche l'adempimento ed il rispetto di normative europee in materia di ambiente.

L'introduzione di tali disposizioni, unitamente al mantenimento di altre previsioni già contenute nella precedente direttiva 2004/18/CE⁶⁶, rivelano apertamente come la disciplina sui contratti pubblici, oggi più che allora, non trovi fondamento e non risponda solo ad esigenze di natura strettamente economica o concorrenziale ma sia chiamata ad un continuo bilanciamento con criteri e principi di natura diversa, come quelli ambientali, sociali e delle politiche del lavoro, in vista e allo scopo di garantire quella crescita *“intelligente, sostenibile ed inclusiva”* fortemente auspicata dall'Unione europea.

6- Considerazioni conclusive

⁶⁴ N. TORCHIO, *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in www.lineavcp.it.

⁶⁵ La metodologia che verrà impiegata per la determinazione del costo del ciclo di vita dovrà essere stabilita negli atti di gara in modo obiettivo e non discriminatorio.

⁶⁶ Si pensi, ad esempio, alla disciplina sulle specifiche tecniche di cui all'art. 23, comma 3, lett. b), alle ecoetichettature europee di cui all'art. 23, comma 6, alla disciplina sulla gestione ambientale di cui all'art. 50, al criterio dell'aggiudicazione secondo l'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 53, comma 1, lett. a) e a quella relativa alle condizioni di esecuzione del contratto prevista all'art. 26 della direttiva 2004/18/CE.

Quanto fin ora detto ci consente di riconoscere come a livello comunitario la materia del *green public procurement* abbia assunto progressivamente una sempre maggiore centralità.

La maggior considerazione dell'ambiente come bene e valore in sé⁶⁷, unitamente alla consapevolezza dei gravi danni ad esso arrecati a causa di condotte sconsiderate poste in essere dalle stesse pubbliche amministrazioni, hanno posto le basi per lo sviluppo di una normativa verde in materia di appalti pubblici.

L'idea è quella di funzionalizzare la crescita economica verso la promozione di uno sviluppo sostenibile, ovvero di ritenere giustificabile e apprezzabile una determinata operazione economica solo se accompagnata al miglioramento della qualità dell'ambiente e della salute umana e ad un uso razionale delle risorse⁶⁸. Ciò è possibile applicando il principio di integrazione degli interessi ambientali nelle altre politiche europee, allo scopo di promuovere l'acquisto e l'utilizzo di prodotti e servizi eco-compatibili.

Si tratta, in altre parole, di abbandonare o quanto meno limitare il ricorso a strumenti di *command and control* che, pur ampiamente utilizzati, hanno dimostrato tutta la loro inidoneità.

Tali strumenti, infatti, senza tener conto delle differenze geografiche locali o della specificità di impianti produttivi, si limitano a prevedere vincoli stringenti e rigidi che non incoraggiano di certo l'introduzione di nuovi prodotti, né l'impiego di nuove tecnologie.

Negli ultimi anni si è acceso un vivace dibattito, sia a livello internazionale che comunitario, sulla "possibilità di utilizzare strumenti di mercato a tutela dell'ambiente"⁶⁹.

Gli appalti verdi possono essere descritti come strumenti regolatori, in grado di correggere il mercato in quanto incidono su una domanda già esistente, attraverso cui le pubbliche amministrazioni contribuiscono allo sviluppo sostenibile.

Il progressivo riconoscimento della rilevanza delle questioni di carattere ambientale in materia di appalti pubblici non può, tuttavia, definirsi completo.

Nonostante la Commissione europea nel *Libro verde* del 2011 l'avesse auspicato, la direttiva 2014/24/CE ha scelto di non definire dei requisiti obbligatori generali per gli appalti in materia ambientale, sociale e di innovazione, in grado di incidere sul "che cosa acquistare". La direttiva, al contrario, ha ritenuto opportuno lasciare "che sia la normativa settoriale specifica a fissare obiettivi e prospettive vincolanti in funzione delle particolari politiche e condizioni vigenti nel settore

⁶⁷ Corte Cost., n. 367 del 2007; Corte Cost., n. 225 del 2009.

⁶⁸ In senso critico si veda S. LATOUCHE, *La scommessa della decrescita*, Milano, Feltrinelli, 2009; *Breve trattato sulla decrescita serena*, Torino, Bollati Boringhieri, 2009.

Secondo l'Autore non è più possibile utilizzare il PIL come indicatore di benessere e lo stesso concetto di sviluppo sostenibile fondato sull'idea che la crescita economica ne sia un indice appare privo di fondamento. La maggioranza dei problemi ambientali, sostiene l'Autore, ha trovato origine proprio dalla costante ricerca della crescita, tanto che oggi la salvaguardia dell'ambiente necessita di una mirata strategia di decrescita.

⁶⁹ M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in www.giustizia-amministrativa.it.

pertinente, e promuovere lo sviluppo e l'utilizzazione di un approccio a livello europeo per il calcolo dei costi del ciclo di vita in modo da favorire ulteriormente il ricorso agli appalti pubblici a sostegno di una crescita sostenibile"⁷⁰.

La direttiva ha inoltre mantenuto inalterato il requisito che consente di introdurre le variabili ambientali nelle specifiche tecniche o tra i criteri di selezione delle offerte a condizione che ci sia un collegamento diretto tra le stesse variabili e l'oggetto del contratto.

Infatti, precisa la norma, *"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. Le amministrazioni aggiudicatrici non dovrebbero pertanto avere la facoltà di imporre agli offerenti di attuare una determinata politica aziendale di responsabilità sociale o ambientale"*⁷¹.

Un'ulteriore considerazione concerne l'art. 57 della direttiva che consente alle pubbliche amministrazioni, nell'esercizio del loro potere discrezionale e in alternativa ad un obbligo di legge, di escludere dalla partecipazione alla gara quel concorrente rispetto al quale risulta provata con certezza la violazione o l'inadempimento di prescrizioni di carattere ambientale.

La disposizione assolutamente meritevole perché di portata applicativa più ampia rispetto al precedente art. 45, comma 2, lett. c)⁷², secondo cui può *"essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni operatore economico (...) 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"*, lascia al legislatore nazionale o, in mancanza, alla discrezionalità della stazione appaltatrice la scelta di prevedere o meno l'esclusione dalla gara per chi abbia commesso un illecito ambientale, mostrando così di considerare tali tipologie di reati meno gravi rispetto a quelli indicati all'art. 57, par. 1, per i quali la stessa direttiva prevede l'esclusione automatica.

Se ci si sposta sul versante nazionale emerge con tutta evidenza che l'interesse per il *green public procurement* è ancora in una fase embrionale, in linea con lo scarso interesse da sempre dimostrato dall'Italia rispetto ad altri Paesi⁷³, specie del Nord Europa⁷⁴, in merito alle problematiche relative all'ambiente.

⁷⁰ Considerando 95 della direttiva 2014/24/CE.

⁷¹ Considerando 97 della direttiva 2014/24/CE.

⁷² L'art. 57, par.4, lett. a) non prescrive più, ai fini dell'esclusione dalla procedura di aggiudicazione, la condanna definitiva con sentenza passata in giudicato per un reato ambientale incidente sulla moralità professionale dell'operatore, limitandosi a richiedere la violazione degli obblighi di natura ambientale, sociale e del lavoro previsti dal diritto europeo, nazionale, dai contratti collettivi o fissati a livello internazionale.

⁷³ Tra le iniziative nazionali si rammenta l'esperienza del Comune di Ferrara che a partire dal 1994 ha avviato una politica di acquisti verdi rispetto a talune categorie merceologiche come la carta riciclata, gli autoveicoli elettrici o

Nell'arduo tentativo di contenere la spesa pubblica e assicurare al contempo la crescita economica, le scelte politiche adottate negli ultimi anni appaiono ispirate quasi esclusivamente a criteri economici.

Le norme contenute nel Codice dei contratti pubblici si limitano a riprodurre fedelmente le previsioni contenute nelle direttive in materia. Più precisamente, la disciplina contenuta nel d.lgs. 163/2006, caratterizzata da un eccesso di iper-regolamentazione delle procedure di gara e dei modelli contrattuali, rivela una profonda sfiducia nei confronti dell'esercizio della discrezionalità amministrativa e si pone come ostacolo all'introduzione delle variabili ambientali.

Lo stesso utilizzo di procedure flessibili, come può essere il dialogo competitivo, utile per far conoscere alle amministrazioni appaltatrici aspetti ambientali che possono indirizzarle verso scelte sostenibili, non viene affatto promosso.

Anche nella recente riforma, attuata col d. l. n. 70/2011, meglio conosciuto come "decreto sviluppo", il legislatore ha ignorato completamente il tema degli appalti verdi dimostrando, ancora una volta, di non credere che essi possano rappresentare uno strumento utile in una situazione di crisi economica e morale come quella attuale.

Si tratta, ora, di attendere il recepimento entro il 18 aprile 2016 delle nuove direttive che, pur con i limiti ancora persistenti, hanno posto la materia degli appalti pubblici al centro delle politiche dell'Unione europea, quale strumento imprescindibile per realizzare un'economia intelligente, basata sulla conoscenza e l'innovazione, inclusiva, ovvero con alti livelli di occupazione, e sostenibile, nel senso di più efficiente dal punto di vista delle risorse, più rispettosa dell'ambiente e più competitiva.



Pubblicato su AmbienteDiritto.it il 26 novembre 2014

AmbienteDiritto.it - Rivista Giuridica Telematica - Electronic Law Review - Via Filangeri, 19 - 98078 Tortorici ME - Tel +39 0941 421391 - Tel. +39 0941 430270 Fax digitale +39 1782724258 - Mob. +39 3383702058 - info@ambientediritto.it - Testata registrata presso il Tribunale di Patti Reg. n. 197 del 19/07/2006 - ISSN 1974-9562

alimentati a metano e l'impiego di prodotti biologici nelle mense delle scuole dell'infanzia. A tal ultimo proposito si ricorda che solo con la legge finanziaria del 2000 il legislatore ha imposto lo svolgimento della gara secondo il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, dando prevalenza alla qualità del prodotto soprattutto sotto l'aspetto biologico.

⁷⁴ Alcune iniziative di particolare rilievo sono ricordate nel rapporto RT/PROT/2003/2 *Green procurement. Obiettivi, criteri e principali esperienze in atto* pubblicato dall'ENEA.