

LE VARIABILI AMBIENTALI NELLA DISCIPLINA DEGLI APPALTI PUBBLICI.

Storia di un difficile equilibrio tra tutela dell'ambiente e promozione dello sviluppo economico.

Giuseppe Quinto

Abstract (it)

Il tema oggetto del presente contributo è il rapporto tra il settore della contrattualistica pubblica e quello della tutela dell'ambiente. Queste due realtà, in passato, non hanno avuto molti punti di contatto, poiché la normativa relativa agli appalti pubblici, tanto a livello nazionale quanto a livello comunitario, risultava sostanzialmente orientata al perseguimento di obiettivi di natura economica, nonché alla tutela dei principi di imparzialità e della concorrenza. Col tempo, tuttavia, il legislatore ha compreso l'importanza di tutelare adeguatamente l'ambiente anche nell'ambito degli appalti pubblici. Egli è divenuto, infatti, consapevole dell'effetto estremamente positivo che avrebbe potuto avere l'acquisto, da parte delle pubbliche amministrazioni, di prodotti ecocompatibili in quantità sempre maggiori. Nasce, così, l'istituto degli Appalti Verdi, che consiste proprio nell'integrazione delle variabili ambientali all'interno delle procedure ad evidenza pubblica. Il settore degli appalti e quello dell'ambiente iniziano così a "cooperare", seppur non senza difficoltà, per il perseguimento di un fine comune, ossia quello di promuovere percorsi di sviluppo economico salvaguardando l'ambiente per le generazioni future, in ossequio al principio dello sviluppo sostenibile.

Abstract (en)

The subject of this contribution is the relationship between the sector of public contracts and that of environmental protection. These two themes have not had many common points in the past, because the legislation about public procurement, both national and European level, was essentially focused on the pursuit of economic aims and the protection of impartiality and competition principles. Nevertheless, over time, legislator has properly understood the importance of environment protection, in the field of public procurement too. Legislator, in fact, has become aware of the positive effect of purchasing of more and more environmentally friendly products from public administrations. Hence the Institute of Green Public Procurement was established and consists in environmental variables integration in public procedures. In this way, procurement and environment sector begin to cooperate, albeit with difficulties, to pursue a common goal which is the

promotion of economic development safeguarding the environment for future generations, according to sustainable development principle.

SOMMARIO: 1. Il *Green Public Procurement*: inquadramento storico e normativo - **2.** Il riconoscimento normativo del *Green Public Procurement* a livello comunitario: le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE. - **2.1.** La direttiva 2014/24/UE - **3.** Le clausole ambientali nell'esperienza italiana: il d.lgs. n. 163/2006 - **3.1.** Il d.lgs. n. 50/2016 e l'incremento degli obblighi ambientali - **3.2.** I criteri di aggiudicazione e il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti - **4.** Conclusioni: criticità e prospettive dell'istituto.

1. **Il *Green Public Procurement*: inquadramento storico e normativo.**

Il tema degli appalti pubblici e quello della tutela dell'ambiente e dello sviluppo sostenibile non hanno avuto, in passato, molti punti di contatto, né in termini di disciplina, né in termini di tutela.

Ciò poiché, tanto a livello nazionale quanto a livello sovranazionale, la normativa relativa agli appalti pubblici era principalmente improntata al perseguimento di obiettivi economici, alla tutela della concorrenza e del *favor participationis*, alla massima pubblicità, trasparenza ed imparzialità nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, dalla fase di iniziativa, a quella istruttoria, fino a quella decisoria e dell'aggiudicazione.

I primi contatti tra queste due realtà, ossia tra l'ambiente e il mercato, sono strettamente connessi al concetto di sviluppo sostenibile, dal momento che quest'ultimo riflette il carattere essenziale del diritto ambientale¹.

Tale principio, infatti, impone che qualsiasi attività debba garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non comprometta la possibilità per le generazioni future di soddisfare egualmente i propri e pone al centro dell'attenzione i rapporti tra la tutela dell'ambiente e lo sviluppo economico².

¹ Così F. FRACCHIA, *Principi di diritto ambientale e sviluppo sostenibile*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Padova, 2012, Vol. I, pp. 571 ss.. In materia di sviluppo sostenibile, si vedano, tra gli altri: P. COSTA, *Dal conflitto alla sostenibilità ambientale*, in *Economia della cultura*, 1997, II, pp. 111 ss.; A. LANZA, *Lo sviluppo sostenibile*, Bologna, 2002; V. PEPE, *Lo sviluppo sostenibile tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Riv. giur. amb.*, 2002, pp. 209 ss.;

² Per approfondimenti sul punto sia consentito rinviare a: B. CARAVITA DI TORITTO, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2005; A. CROSETTI, *Diritto dell'ambiente*, Roma, 2008; S. NESPOR, *Il governo dell'ambiente. La politica e il diritto per il progresso sostenibile*, Milano, 2009; F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010; F. FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in M. RENNA, F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 433 ss.; P. DELL'ANNO, *Diritto dell'ambiente: commento sistematico al d.lgs. 152/2006, integrato dai d.lgs. 4/2008, 128/2010, 205/2010, 121/2011*, Padova, 2011; M. POLITI, *Tutela dell'ambiente e sviluppo sostenibile*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'Ambiente*, Torino, 2011; M. MONTINI, *Profili di diritto internazionale*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Vol. I, Padova, 2012; F. FRACCHIA, *Principi di diritto ambientale e sviluppo sostenibile*, cit.; 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*, Vol. I, Padova, 2012; G. FIDONE, *Ecoefficienza e sviluppo sostenibile nell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Vol. III, Padova, 2015.

Il principio dello sviluppo sostenibile³ rappresenta il punto di collegamento tra il tema dell'ambiente e la disciplina degli appalti pubblici, dal momento che un'efficace tutela dell'ambiente la si ottiene soltanto spingendo il mercato a lavorare per quest'ultimo, conducendo la pubblica amministrazione ad acquistare "verde" e a ricorrere a strumenti con finalità di protezione ambientale⁴.

Come osservato anche dalla Commissione Europea, tenuto conto del notevole potere di acquisto delle stazioni appaltanti, queste ultime sono chiamate ad assumersi la responsabilità di "fungere da traino nel processo di gestione ecologica e nel riorientamento dei consumi verso prodotti più verdi"⁵.

Proprio per l'ingente mole di contratti pubblici che normalmente vengono stipulati, infatti, un aumento della domanda di prodotti eco-compatibili da parte delle pubbliche amministrazioni avrebbe senz'altro l'effetto di stimolare la produzione industriale con tali caratteristiche.

In questo modo, anche le preferenze dei consumatori verrebbero orientate verso scelte ecologiche, con prospettive di sviluppo del mercato sul medio e lungo periodo⁶.

Di questa nuova esigenza di integrazione tra mercato e ambiente si fa portavoce per prima la Comunità Europea, che comprende la connessione tra il tema della sostenibilità e lo sviluppo del mercato attraverso lo studio della Green Economy⁷.

Giova premettere che l'iniziale assenza di riferimenti alla tutela ambientale nella normativa europea sugli appalti pubblici trova giustificazione nella circostanza che l'inserimento del requisito ambientale nelle singole procedure ad evidenza pubblica si sarebbe potuto concretizzare in una misura discriminatoria e lesiva della concorrenza e del principio del *favor participationis*, traducendosi in maggiori costi da sostenere per l'operatore economico, con conseguente penalizzazione nella partecipazione alla gara per coloro i quali non fossero stati in grado di far fronte a tali impegni di spesa⁸.

3 Peraltro "il principio dello sviluppo sostenibile può essere ricercato nella Costituzione italiana anche negli artt. 41 e 42. L'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da arrecare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e la stessa proprietà privata è riconosciuta e garantita a condizione che abbia una funzione sociale. Il riconoscimento della funzione sociale dell'ambiente ha giustificato molte limitazioni al diritto di proprietà, così come ha condizionato l'uso del suolo: lo stesso legislatore può imporre restrizioni allo sfruttamento delle risorse naturali onde consentirne l'utilizzo alle generazioni future." Si veda V. PEPE, *Lo sviluppo sostenibile tra diritto internazionale e diritto interno*, cit. p. 238.

4 Per approfondimenti, *Comunicazione interpretativa della Commissione*, 4 luglio 2001, *Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici*, COM(2001) 274 def., in GUCE del 28 novembre 2001, C 333, pp. 12 ss.

5 *Comunicazione interpretativa della Commissione*, cit., in GUCE del 28 novembre 2001, C 333, pp. 12 ss.
A proposito dell'incidenza degli acquisti pubblici, basti pensare 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." Così B. FENNI, *Il Green Public Procurement come strumento di sviluppo sostenibile*, in *www.Ambientediritto.it – Rivista Giuridica*, 2014, p. 2.

6 Per approfondimenti: M. OCCHIENA, *Norme di gestione ambientale*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008, II, pp.1465 ss. Secondo l'autore, "[...] 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". Altri autori hanno sostenuto che "con l'adozione degli appalti verdi si metterebbe in moto un circolo ecologicamente virtuoso, poiché le imprese che producono beni ad alto impatto ambientale, vendendo meno e perdendo quote di mercato a favore delle imprese verdi, sono costrette a convertirsi alla realizzazione di beni a più basso impatto ambientale." Così M. PENNASILICO, *Contratto e uso responsabile delle risorse naturali*, in *Rassegna di diritto civile*, XXXV, 3, 2014 p. 758.

7 La letteratura in materia di green economy è vasta. A titolo meramente esemplificativo: M.S. CATO *Green economics: putting the planet and politics back into economics*, in *Cambridge Journal of Economics*, 2012, pp. 1033 ss.; P.A. VICTOR, P. JACKSON, *A commentary on UNEP's Green Economy Scenarios*, in *Ecological Economics*, 2012, pp.11 ss.

8 L'importanza del valore concorrenza, a livello europeo, è dovuta probabilmente all'enorme impatto che ebbe nel 1992 la creazione del Mercato Unico Europeo, circostanza che interessò non solo la politica della concorrenza in senso stretto, desumibile

Quando si parla di ambiente e di rispetto della concorrenza, in buona sostanza, si cerca di operare un bilanciamento tra due valori differenti ma egualmente rilevanti, ossia la tutela dell'ambiente e la necessità di perseguire lo sviluppo economico, che costituisce interesse pubblico soprattutto nel suo significato di sviluppo sostenibile⁹.

In materia di contrattualistica pubblica, il "prodotto" di tale bilanciamento di valori è rappresentato, senza dubbio, dall'istituto degli "Appalti Verdi".

Con la denominazione "Appalti Verdi" o *Green Public Procurement* è indicato l'insieme degli strumenti giuridici volti a promuovere la graduale integrazione degli interessi ambientali nella disciplina legislativa dei contratti pubblici¹⁰.

Tale espressione non richiama una tipologia autonoma di contratto ma si riferisce ad un criterio generale, da adottarsi indistintamente per tutti i tipi di appalti, che dovrebbe orientare spontaneamente il settore pubblico verso scelte di acquisto di beni e servizi caratterizzati da un minor impatto ambientale rispetto ad altri beni o servizi ad essi fungibili¹¹.

L'istituto degli appalti verdi nasce all'interno della Comunità Europea che, concepita inizialmente come comunità economica, inizia gradualmente a trasformarsi in una comunità politica, attenta non solo a problematiche prettamente economiche ma anche a questioni di carattere politico e sociale¹².

Ed infatti, se le direttive in materia di evidenza pubblica degli anni novanta (ovvero la n. 92/50/CEE sull'aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, la n. 93/36/CEE sull'aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e la n. 93/37/CEE sull'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici) non contenevano alcun riferimento alle variabili ambientali e nessun profilo che potesse ri-

dall'Atto Unico Europeo e dai Trattati sulle Comunità Europee, ma anche tematiche diverse, quale la formulazione del concetto di servizio di interesse generale (economico e non economico), degli obblighi di servizio pubblico, delle politiche di liberalizzazione e delle politiche di privatizzazione. In dottrina si veda: G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, 2002; G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, 2008; F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale. Una prospettiva per riconsiderare liberalizzazioni e servizi pubblici*, Milano, 2008; E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010; L. CERASO, *I servizi di interesse economico generale e la concorrenza «limitata». Profili interni, comunitari e internazionali*, Napoli, 2010; D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2011; E. PICOZZA, V. RICCIUTO, *Diritto dell'economia*, Torino, 2017. 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 (1 2018) p. 10.

9 Sul bilanciamento di tali valori costituzionali, si veda R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo VIII Edizione*, Neldiritto Editore, 2015, pp. 1401 ss.

10 Sia consentito rinviare 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. comunit.*, 2012, pp. 819 ss. Si confrontino F. SCHIZZEROTTO, *I principali provvedimenti europei ed italiani in materia di Green Public Procurement*, in *Riv. giur. ambiente*, 2004, p. 967; C. GUCCIONE, L. PALATUCCI, *Profili ambientali nelle procedure ad evidenza pubblica*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. II, Padova, Cedam, 2013, pp. 727 ss.

11 G. FIDONE *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2012, p. 820. Viene, dunque, superata l'idea che la tutela dell'ambiente possa essere perseguita attraverso l'utilizzo di strumenti di c.d. "command and control" ossia, ad esempio, "imponendo" agli operatori economici privati di adeguare i propri sistemi produttivi a determinati standard di tutela ambientale o costringendoli a dotarsi di certificazioni specificamente richieste per legge. Al contrario, la tutela dell'ambiente può essere garantita attraverso il mercato, che deve essere orientato spontaneamente verso scelte eco-compatibili, dando maggior valore economico a nuovi beni e servizi con caratteristiche verdi, che si vanno a differenziare da quelli che ne sono privi. Sugli strumenti di Command and control, A. BONOMO *Poteri autoritativi e strumenti di mercato nella tutela amministrativa dagli inquinamenti in Appunti sulla tutela amministrativa dagli inquinamenti ambientali*, a cura di D. MASTRANGELO, 2014, Roma, Aracne Editrice.

12 "Del resto, per la materia dei contratti pubblici, più volte la Commissione Europea ha ricordato che le norme dell'Unione Europea in tale settore, pur avendo natura essenzialmente economica, devono essere lette e applicate conformemente al principio dello sviluppo sostenibile." G. FIDONE, F. MATALUNI, *Gli appalti verdi nel Codice dei Contratti Pubblici*, in *Rivista Quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, n. 3 - 2016, p. 7.

tenersi ecologicamente rilevante,¹³ col passare del tempo l'inserimento di criteri ambientali nelle procedure di acquisto della pubblica amministrazione cominciò a divenire un tema dibattuto e a trovare un crescente interesse in seno all'allora Comunità Europea¹⁴.

In questa prospettiva, la giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea (ex "C.G.C.E." ora "C.G.U.E."), sin dalla fine degli anni ottanta, ha iniziato ad occuparsi specificamente dell'integrazione della variabile ambientale e sociale nella contrattualistica pubblica.

Inizialmente, la Corte si è occupata, della compatibilità delle clausole c.d. "sociali", volte all'integrazione di categorie di lavoratori svantaggiati per poi passare, in un secondo momento, ad interessarsi specificamente della possibilità di inserire i criteri ambientali nei bandi di gara.

Con riferimento ai profili sociali ricordiamo la sentenza "Beentjes"¹⁵ con cui la C.G.C.E., pronunciandosi sulla compatibilità con la direttiva n. 71/305 dell'esclusione di un offerente non dimostratosi in grado di provvedere all'impiego di disoccupati stabili, ha affermato la possibilità, da parte delle stazioni appaltanti, di imporre, quale condizione supplementare, proprio l'impie-

13 Invero, i primi interventi del legislatore comunitario in materia risalgono agli anni '70, quando con le direttive 71/305 e 77/62 venne introdotta una disciplina essenzialmente centrata sul perseguimento di obiettivi di natura economica, senza alcun riferimento alla tutela dell'ambiente. Si tratta della direttiva del Consiglio 26 luglio 1971 n. 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, in G.U.C.E., 16 agosto 1971 n. 185 e della direttiva 21 dicembre 1976 n. 77/62/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, in G.U.C.E., 15 gennaio 1977 n. L13.

Sul sistema delineato da tali direttive e dalle successive, precedentemente alle n. 2004/17/CE e 2004/18/CE, si veda G. MORBIDELLI, M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 213 ss.

14 F. SPAGNUOLO, *Il Green Public Procurement e la minimizzazione dell'impatto ambientale nelle politiche di acquisto della Pubblica Amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2006, pp. 397 ss. Ad esempio, già il Trattato di Maastricht, sottoscritto il 7.2.1992 ed entrato in vigore il 1.11.1993, sanciva il dovere della Comunità Europea di garantire uno sviluppo equilibrato delle attività economiche e una crescita sostenibile, compatibile con le istanze ambientali. G. FIDONE, F. MATALUNI, *Gli appalti verdi nel Codice dei Contratti Pubblici*, cit. p. 9. Inoltre, la Comunicazione su "Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici", COM(2001) 274, dopo aver premesso che "...la Commissione non può, in un documento di carattere interpretativo come questo, proporre soluzioni che esulino dall'attuale regime degli appalti pubblici. Inoltre, l'interpretazione del diritto comunitario resta di esclusiva competenza della Corte di Giustizia", si proponeva di individuare gli spazi entro i quali le pubbliche amministrazioni avrebbero potuto dare il giusto risalto, nell'aggiudicazione delle proprie commesse, alle variabili ambientali, operando in modo ecologicamente virtuoso e applicando i principi degli appalti verdi. "Tuttavia, è con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam nel 1997 che le istanze di tutela dell'ambiente iniziano ad integrarsi nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni comunitarie(...). Vi è, come si vede, uno specifico riconoscimento del principio di integrazione, particolarmente sentito nel diritto comunitario, in forza del quale le questioni attinenti alla tutela dell'ambiente devono essere considerate sia nella fase di elaborazione che di successiva attuazione delle altre politiche dell'Unione. In seguito, nel 1998 la Commissione Europea emanava il Libro Bianco "Gli appalti pubblici nell'Unione Europea" nel quale, oltre ad evidenziare una serie di iniziative indirizzate all'accrescimento della competitività in materia di appalti pubblici e concessioni, rilevava la necessità di coordinare la disciplina sugli appalti con la politica ambientale e sociale.

Qualche anno dopo, la stessa Commissione adottava il Sesto Programma d'Azione per l'Ambiente in cui, in linea con l'obiettivo di "sganciare l'impatto ed il degrado ambientale dalla crescita economica", si prefissava l'obiettivo di garantire una migliore efficienza e una migliore gestione delle risorse e dei rifiuti, nonché la promozione di modelli di consumo più sostenibili.

Proprio al fine di ridurre produzione e pericolosità dei rifiuti, la Commissione menzionava nel Programma il Green Public Procurement quale utile strumento che le pubbliche amministrazioni avrebbero potuto utilizzare al fine di orientare i propri acquisti verso beni e servizi in grado di produrre già a monte un minor quantitativo di rifiuti. Nella medesima direzione può essere collocato anche il Libro Verde "Sulla politica integrata relativa ai prodotti", che individuava nell'incremento indiscriminato dei consumi principale causa di fenomeni quali l'inquinamento e il depauperamento delle risorse.

La soluzione della questione, secondo la Commissione, risiedeva nell'adozione, da parte delle pubbliche amministrazioni, di politiche ambientali improntate alla promozione, alla incentivazione ed alla produzione di beni più ecologici, abbandonando progressivamente l'uso di strumenti ritenuti tradizionali, quali i controlli amministrativi e le sanzioni, rivelatisi poco efficaci nella pratica." Così B. FENNI *Il Green Public Procurement come strumento di sviluppo sostenibile* cit. pp. 3 ss., ma si vedano anche 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

15 Corte di giustizia, 20 settembre 1988, causa C-31/87, Beentjes c. Netherlands State, in G. CAGGIANO, V. DI COMITE, I. INGRAVALLO, A.M. ROMITO, R. VIRZO, *Studi sull'integrazione europea*, Cacucci Editore, Bari, 2009. Sul punto di veda anche M. BROCCA, *Criteri ecologici nell'aggiudicazione degli appalti*, in *Urbanistica e Appalti*, 2003, 2, 168 ss.

go di lavoratori disoccupati stabili, purché tale condizione non comportasse effetti discriminatori, fosse adeguatamente pubblicizzata e non si traducesse in una lesione dei principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi.

Una delle pronunce più significative in tema di integrazione delle variabili ambientali con la disciplina della libera concorrenza è, invece, la sentenza “*Concordia Bus Finland*”¹⁶ del 17 settembre 2002.

Il caso riguardava un bando di gara per la fornitura di autobus destinati al trasporto pubblico locale di Helsinki, nel quale la stazione appaltante aveva previsto l’attribuzione di un punteggio aggiuntivo ai concorrenti in possesso di determinati requisiti ambientali, così suscitando la reazione di un’impresa che asseriva di non aver potuto aggiudicarsi l’appalto proprio a causa della presenza di tali requisiti.

La Corte dopo aver evidenziato come i criteri di aggiudicazione previsti dalle direttive europee fossero, in realtà, elencati in maniera solo esemplificativa, aveva osservato come gli stessi non dovessero avere necessariamente natura economica in ossequio al principio di integrazione, allora contemplato all’art. 6 del Trattato CE.

L’amministrazione aggiudicatrice, secondo il ragionamento della Corte, ben avrebbe potuto tenere in considerazione criteri non meramente economici nella valutazione dell’offerta, con la costante precisazione che la legittimità della valutazione dei criteri ambientali e sociali avrebbe dovuto essere subordinata alla condizione che questi ultimi fossero stati pertinenti all’oggetto dell’appalto, previamente pubblicati, adeguatamente pubblicizzati e rispettosi dei principi fondamentali del diritto comunitario, come la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, la parità di trattamento, la non discriminazione, il principio di trasparenza e proporzionalità¹⁷.

Successivamente, con la sentenza “*EVN AG*”¹⁸ del 4 dicembre 2003, la Corte, affrontando il problema della “misura” entro la quale i criteri ambientali potessero legittimamente incidere nella scelta dell’offerta economicamente più vantaggiosa, aveva avuto modo di precisare che le amministrazioni aggiudicatrici, così come avrebbero potuto scegliere liberamente i criteri di aggiudicazione dell’appalto, avrebbero potuto anche stabilire la ponderazione di questi ultimi, purché tale ponderazione avesse consentito una valutazione sintetica dei criteri adottati per individuare l’offerta economicamente più vantaggiosa e non si fosse tradotta in irragionevoli discriminazioni tra tutti i partecipanti alla gara pubblica¹⁹.

Alle pronunce sin qui esaminate, in ogni caso, ne sono seguite altre che hanno affermato i medesimi principi²⁰.

16 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.

17 Per un approfondimento sul punto, si veda C. COLOSIMO, *L’oggetto del contratto, tra tutela della concorrenza e pubblico interesse*, in D. COMPORTELLI, *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011.

18 Corte di Giustizia, sentenza 4 dicembre 2003, causa C-448/01, *EVN AG et Wienstrom GmbH c. Republik Österreich*. in www.eurlex.europa.eu.

19 G. GARZIA, *Bandi di gara per appalti pubblici e ammissibilità delle clausole c.d. ecologiche*, in *Foro Amm.*, 2003, p. 3515; D.U. GALETTA, *Vizi procedurali e vizi sostanziali al vaglio della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2004, p. 317; V. DE FALCO, *L’utilizzo di fonti di energia rinnovabili come criterio di valutazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2004, p. 889.

Ciò che emerge, alla luce del percorso su illustrato, è che la giurisprudenza della C.G.C.E. ha focalizzato l'attenzione sul rapporto tra la tutela dell'ambiente e quella della concorrenza, per poi arrivare alla conclusione che l'inserimento e la valorizzazione delle variabili ambientali nelle procedure d'appalto non comporta l'automatica prevalenza di tale interesse a discapito delle altre politiche comunitarie, ma rende necessario un bilanciamento di tutti gli interessi in gioco.

2. Il riconoscimento normativo del Green Public Procurement a livello comunitario: le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

Se tale era il quadro delineato dalla giurisprudenza della C.G.C.E., il legislatore comunitario è intervenuto con le direttive 2004/17/CE (relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture) e 2004/18/CE (relativa al coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua, energia e servizi di trasporto e postali) che hanno riconosciuto per la prima volta ed esplicitamente la possibilità degli enti aggiudicatori di prendere in considerazione fattori di ordine non economico, quali quelli ambientali e sociali, al fine della selezione del contraente della pubblica amministrazione²¹.

In particolare, la direttiva 2004/18/CE ha il merito di aver racchiuso in un unico *corpus* normativo le precedenti direttive che regolavano le procedure di aggiudicazione degli appalti di servizi, lavori e forniture²².

L'influenza della giurisprudenza della C.G.C.E. sull'impianto normativo delineato dalle direttive in questione è significativo.

Infatti, al *considerando 1* della direttiva 2004/18/CE, si afferma che la stessa si fonda sulla giurisprudenza della C.G.C.E. e, in particolare, su quella relativa ai criteri di aggiudicazione, che chiarisce le *"possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di soddisfare le esigenze del pubblico interessato, tra l'altro in materia ambientale e sociale, purché 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."*

Ancora, nel *considerando 5*, è richiamato il principio di integrazione, laddove si sostiene che *"conformemente all'articolo 6 del trattato, le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente sono integrate nella definizione e*

20 Si veda Corte di giustizia, 28 marzo 1995, C-324/93 *Evans Medical Ltd e Macfarlan Smith Ltd* in www.eurlex.europa.it nella quale il giudice comunitario ha ribadito la compatibilità di criteri non prettamente economici con la disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, a condizione che non siano forieri di discriminazione e siano oggetto di un'adeguata pubblicità; Corte di giustizia, 26 settembre 2000, causa C-225-98, *Commissione c. Francia, Commissione vs. Repubblica Francese*, in www.eurlex.europa.it.

La Corte precisa che un criterio di aggiudicazione privo di un valore economico diretto potesse essere determinate nella scelta dell'aggiudicatario solo nel caso di offerte economicamente equivalenti, rispetto alle quali il requisito sociale sarebbe stato un *quid pluris*.

21 B. FENNI, *Il Green Public Procurement come strumento di sviluppo sostenibile* cit. pp. 6-7. Peraltro, prosegue l'autrice, la direttiva *"ha offerto, così, la possibilità di integrare la dimensione ambientale fra le variabili di valutazione della migliore offerta, inserendola nel contesto della tutela della concorrenza"* e *ha stabilito un collegamento ed un doveroso bilanciamento tra efficienza economica e tutela ambientale, avviando un percorso di valorizzazione della variabile ambiente attraverso l'utilizzo degli stessi meccanismi del mercato concorrenziale per la promozione delle politiche di sostenibilità ambientale.*

22 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.

nell'attuazione delle politiche e azioni comunitarie di cui all'articolo 3 del trattato, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile."

Lo stesso considerando aggiunge che *"la presente direttiva chiarisce dunque in che modo le amministrazioni aggiudicatrici possono contribuire alla tutela dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile garantendo loro al tempo stesso di poter ottenere per i loro appalti il miglior rapporto qualità/prezzo"*.

Altra previsione rilevante è quella del *considerando 44* della direttiva 2004/18/CE, laddove si ammette la possibilità, per le stazioni appaltanti, *"nei casi appropriati, 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"* di richiedere agli operatori economici partecipanti alla gara l'applicazione di siffatte misure o sistemi.

Tali sistemi di gestione ambientale possono, quindi, dimostrare la capacità tecnica dell'operatore economico di realizzare l'appalto.

Peraltro, ai sensi dell'art. 50 della medesima direttiva, deve essere accettata 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 dell'ambiente.

Vi è poi la possibilità di utilizzare i criteri di aggiudicazione ambientali al fine di determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa²³.

Ed infatti, l'art. 53 della direttiva 2004/18/CE contempla espressamente le *"caratteristiche ambientali"* tra i criteri per la selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, purché (come espressamente affermato anche con riferimento agli altri criteri) collegate all'oggetto del contratto pubblico da aggiudicarsi.

Dunque, appare pienamente legittimo inserire nell'offerta economicamente più vantaggiosa criteri ambientali di scelta a condizione, ancora una volta, che anche essi siano pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto e purché siano rispettati i noti principi comunitari di pubblicità, non discriminazione, *par condicio*, concorrenza e proporzionalità.

Come ha osservato la Commissione Europea, infatti, *"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"*²⁴.

Nell'impianto delineato dalla direttiva 2004/18/CE, anche nella fase dell'esecuzione del contratto possono venire in rilievo le variabili ambientali.

In forza di quanto previsto dall'art. 26, infatti, le stazioni appaltanti *"possono esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto"*, purché siano individuate espressamente nel bando di gara, e a condizione che

23 Sul tema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in dottrina, si confrontino: G. FONDERICO, *La selezione delle offerte e la verifica dell'anomalia*, in M. CLARICH (a cura di) *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 449 ss.; P. DE NICTOLIS - R. DE NICTOLIS, *Criteri di selezione delle offerte*, in R. DE NICTOLIS (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Ambito oggettivo e soggettivo. Procedure di affidamento*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 960 ss.; P. FALLETTA, *Discrezionalità della p.a. e criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici*, in *Foro amm. Cds*, 2005, pp. 1157 ss.; L. PONZONE, *Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa: problemi teorici e pratici*, in *Studium iuris*, 2003, pp. 832 ss.; A. TABARRINI-L. TABARRINI, *La predeterminazione dei criteri di valutazione delle offerte*, in *www.appaltiecontratti.it*; M.G. VIVARELLI, *L'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Riv. trim. appalti*, 2007, pp. 385 ss.

24 COMMISSIONE EUROPEA, *Acquistare Verde! Un manuale sugli appalti pubblici ecocompatibili*, Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee, Lussemburgo, 2005, pp. 33 ss.

le medesime condizioni siano compatibili con i principi di imparzialità, trasparenza, *par condicio* e *favor participationis*.

Ebbene, la disposizione prevede che tali condizioni possono basarsi anche su considerazioni ambientali.

Secondo autorevole dottrina²⁵, peraltro, si dovrebbe trattare di condizioni esecutive aggiuntive rispetto all'oggetto del contratto in senso stretto, altrimenti esse verrebbero a coincidere con le specifiche tecniche legate alle modalità esecutive dello stesso.

In buona sostanza, l'inserimento dei criteri ambientali all'interno dei bandi di gara, tanto nella fase dell'aggiudicazione quanto in quella dell'esecuzione, è legittimo a condizione che essi siano pertinenti rispetto all'oggetto dell'appalto, previamente pubblicati, e rispettosi dei principi fondamentali del diritto comunitario, ossia la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, la parità di trattamento, il *favor participationis*, la non discriminazione, il principio di trasparenza e proporzionalità.

La direttiva 2004/18/CE si propone, dunque, di creare un sistema di mercato nel quale le pubbliche amministrazioni, mediante l'inserimento dei criteri ambientali all'interno dei bandi di gara, cercano di stimolare gli operatori economici privati a competere nella realizzazione di lavori, servizi o forniture a carattere di eco-efficienza, orientando la produzioni verso obiettivi ecologici²⁶.

Gli appalti verdi divengono così uno strumento per consentire alle amministrazioni acquisizioni di lavori, servizi e forniture ecologicamente orientati.

2.1. La direttiva 2014/24/UE.

Il processo di integrazione delle istanze ambientali e sociali all'interno dell'evidenza pubblica prosegue con la direttiva 2014/24/UE²⁷ che, partendo dagli obiettivi già raggiunti, ha cercato di realizzarne di nuovi.

Può dirsi, innanzitutto, che le considerazioni di carattere ambientale trovano uno spazio ancora maggiore nel nuovo testo normativo.

Volendo tracciare un breve quadro delle disposizioni della direttiva strettamente connesse all'integrazione delle variabili ambientali all'interno dell'evidenza pubblica, può segnalarsi immediatamente, con riguardo alla fase dell'aggiudicazione, il superamento dell'equivalenza tra i due tradizionali criteri del prezzo più basso e dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Quest'ultimo, come è noto, consiste nell'individuazione dell'offerta recante il miglior rapporto qualità/prezzo, oppure seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il c.d. "costo del ciclo della vita" del bene.

25 Cfr. G. FIDONE, F. MATALUNI *Gli appalti verdi nel Codice dei Contratti Pubblici* cit. p. 20. Secondo gli autori, "Al riguardo potrebbe essere anche fatto riferimento agli elementi accessori del contratto che si distinguono da quelli essenziali e caratterizzanti dello stesso, poiché hanno un carattere accessorio o complementare e sono imposti dall'oggetto stesso del contratto." Si veda anche Corte di Giustizia, Seconda Sez., 21 febbraio 2008, *Commissione c. Repubblica Italiana*, causa C-412/04, in *Raccolta*, 2008, pp. I-619 ss

26 M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 2007, n. 1, p. 219 e ss, ma si veda anche G. FIDONE, *L'integrazione degli interessi ambientali nella disciplina dei contratti pubblici*, in *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 140.

27 Si veda R. CARANTA, D.C. DRAGOS, *La minirivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urb. App.*, 2014, p. 493 ss.

Nell'impianto delineato dalla direttiva, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa acquista valore preminente, mentre quello del prezzo più basso diviene sostanzialmente residuale.

Nell'ambito della valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come si diceva, è compresa quella del costo dell'intero ciclo di vita del bene (c.d. *"life-cycle costing"*).

Il *life-cycle costing*, così come inteso nella direttiva in esame, comprende tanto i costi interni sostenuti dall'amministrazione aggiudicatrice (costi di consegna, installazione, consumo energetico, manutenzione, smaltimento ecc.), quanto quelli legati alle esternalità ambientali, come quelli determinati dalle emissioni di gas ad effetto serra o provenienti da altre sostanze inquinanti.

Con riferimento poi, alle specifiche tecniche - ossia a quei criteri minimi di conformità la cui funzione è quella di fungere da attrazione per eventuali concorrenti e di consentir loro di conoscere le caratteristiche principali dell'appalto - la direttiva 2014/24/UE, al considerando 95, afferma che *"Tenu- to 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 Consiglio) e delle apparecchiature da ufficio (regolamento CE n. 106/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio)... 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..."*.

Come si vede, il legislatore europeo ha ritenuto di dover lasciare alle amministrazioni di volta in volta coinvolte il compito di definire le specifiche tecniche di riferimento per ciascuna categoria di appalto credendo, probabilmente, che un intervento comunitario particolarmente invasivo avrebbe potuto comportare una limitazione della concorrenza, la riduzione del margine di apprezzamento delle stazioni appaltanti, nonché un aumento del carico amministrativo per la parte pubblica e per i gli operatori economici privati²⁸.

Inoltre, l'art. 42, par. 1, con una formula particolarmente *"flessibile"*, afferma 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."*

In ordine alla condizione della proporzionalità con il valore dell'appalto, la disposizione appare coerente con i già menzionati principi della *par condicio* e del *favor participationis*, laddove afferma che le specifiche tecniche richieste non devono, in ogni caso, comportare oneri economici sproporzionati rispetto al valore dell'appalto richiesto per gli operatori privati che partecipano alla gara.

Con riguardo alla condizione della proporzionalità con gli obiettivi dell'appalto, invece, la norma ha inteso precisare che le specifiche tecniche

28 Si veda anche T. KOTSONIS, *Green paper on the modernisation of EU public procurement policy*, PPLR, n.3/2011, pp. 51 ss.

non devono spingersi oltre il necessario per perseguire gli obiettivi prefissati dalla stazione appaltante, sempre nell'ottica di un bilanciamento tra la tutela dell'ambiente e i summenzionati principi della *par condicio* e del *favor participationis*.

Infine, il par. 2 dell'art. 42 della direttiva 2014/24/UE conferma testualmente il par. 2 dell'art. 23 della direttiva 2004/18/CE, prevedendo che *"le specifiche tecniche consentono pari accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione e non comportano la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza"*.

Volendo chiudere la trattazione circa le principali novità della direttiva 2014/24/UE, si segnala la previsione di cui all'art. 57, par. 4, lett. a) che consente alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla procedura tutti quei soggetti che si siano resi autori di violazioni di disposizioni di carattere ambientale, nonché da quella di cui all'art. 69, comma 2, lett. d), in forza del quale le precisazioni ed i chiarimenti che le stazioni appaltatrici generalmente richiedono in caso di offerte anormalmente basse possono riguardare anche l'adempimento ed il rispetto di normative europee in materia di ambiente.

In conclusione, come è stato osservato, la nuova direttiva è certamente fioriera di novità e testimonia un evidente passo in avanti nella tutela dell'ambiente e dello sviluppo sostenibile, ma non si spinge sino al punto di prevedere l'obbligatorietà dell'inserimento delle clausole verdi nei bandi di gara²⁹.

3. Le clausole ambientali nell'esperienza italiana: il d.lgs. n. 163/2006.

In Italia, l'inserimento delle clausole ambientali all'interno dei bandi era inizialmente facoltativo, anche se esistevano già alcune previsioni che ne favorivano l'applicazione stabilendo dei requisiti ambientali specifici per l'acquisto e/o utilizzo di determinati prodotti o servizi³⁰.

Tuttavia, solo con il "Codice dei contratti pubblici", ossia con il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, che ha recepito le direttive CE 2004/17 e 18, la *"cura ambientale ha fatto il suo ingresso ufficiale"* nella normativa nazionale sugli appalti pubblici³¹.

Può dirsi, certamente, che con il Codice del 2006 vi sia stato il reale superamento dell'idea che la contrattualistica pubblica debba, sempre e comunque, perseguire obiettivi di riduzione della spesa pubblica.

Ed infatti, all'art. 2 d.lgs. n. 163/2006 è espressamente previsto 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,*

29 Cfr. M. PENNASILICO *Contratto e uso responsabile delle risorse naturali* cit. pp. 758 ss.

30 A titolo meramente esemplificativo, l'art. 19 d.lgs. n. 22/1997 (c.d. Decreto Ronchi), così come modificato dalla l. n. 448/2001, prevedeva l'acquisto di almeno il 40% del fabbisogno totale di carta riciclata; il d.m. 27 marzo 1998 stabiliva che una quota del parco autoveicolare doveva essere costituito da veicoli elettrici, ibridi o ad alimentazione a gas naturale dotati di dispositivi di abbattimento delle emissioni; la Legge Finanziaria del 2002 (l. n. 448/2001) sanciva, all'art. 52, l'obbligo di riservare almeno il 20% del totale all'acquisto di pneumatici ricostruiti. Il d.m. n. 203 dell'8 maggio 2003 invitava le Regioni a definire specifiche norme affinché gli enti locali coprissero il fabbisogno annuale di manufatti e beni con una quota di prodotti ottenuti da materiale riciclato nella misura comunque non inferiore al 30%; detto decreto prevedeva, inoltre, l'adozione, da parte delle amministrazioni interessate, in sede di formulazione di gare per la fornitura e l'installazione di manufatti e beni, e nella formulazione di capitolati di opere pubbliche, di criteri tali da ottemperare al rispetto delle quote previste dal decreto. A. DI GIOVANNI *L'ambiente sostenibile nel nuovo Codice degli appalti: Green Public Procurement e certificazioni ambientali* cit. p. 169.

31 G. MASTRODONATO, *Gli strumenti privatistici nella tutela amministrativa dell'ambiente*, in *Riv. Giur. ambiente*, 2010, V, pp. 707 e ss.

previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile."

Il principio di economicità rappresenta, come è noto, uno dei principi cardine del diritto europeo in materia di contrattualistica pubblica.

Eppure, nel nuovo quadro appena delineato, il suddetto principio diviene cedevole rispetto all'esigenza di tutela dell'ambiente e di salvaguardia della sostenibilità e alle esigenze di carattere sociale, in ossequio ai quali devono realizzarsi l'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici.

Tale cedevolezza, a ben vedere, riguarda il solo principio di economicità e non già quelli di trasparenza, non discriminazione, *favor participationis* e proporzionalità, i quali continuano a conservare valore preminente³².

Nell'impianto delineato dal Codice del 2006, il primo momento utile nel quale le amministrazioni possono tener conto del requisito ambientale è quello della scelta dell'oggetto dell'appalto, ossia dell'individuazione del prodotto, dell'opera o del servizio che le amministrazioni stesse intendono procurarsi mediante l'indizione della procedura di gara pubblica³³.

Tale scelta è rimessa, in sostanza, alla discrezionalità delle stazioni appaltanti, le quali non sono tenute ad adeguarsi a disposizioni comunitarie obbligatorie in merito alla definizione dell'oggetto del contratto pubblico.

Tuttavia, qualora nell'esercitare tale scelta decidano di tener conto della variabile ambientale, quest'ultima non deve comportare la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura della procedura di gara alla massima concorrenza.

E' necessario, pertanto, che i criteri ambientali eventualmente inseriti siano espressamente menzionati nel capitolato d'appalto o nel bando di gara, affinché gli operatori privati siano effettivamente messi nelle condizioni di conoscerli e di comprenderne la portata³⁴.

Una volta definito l'oggetto dell'appalto, esso va tradotto in specifiche tecniche che, come si è già accennato, consistono in criteri minimi di conformità, la cui funzione è quella di fungere da attrazione per eventuali concorrenti e di consentir loro di conoscere le caratteristiche principali dell'appalto, cosicché possano valutare liberamente l'opportunità di partecipare o meno alla gara.

Le specifiche tecniche in questione vengono prese in considerazione all'art. 68 del d.lgs. n. 163/2006 che, conformemente a quanto già previsto dalle direttive 17/2004/CE e 18/2004/CE, dispone espressamente che *"le specifiche tecniche devono consentire pari accesso agli offerenti e non devono comportare la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura dei contratti pubblici alla concorrenza."*

Inoltre, al comma 4, il medesimo art. 68 precisa 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 (...) con qualsiasi mezzo appropriato,*

32 Peraltro cfr. *Il documento interpretativo del Ministero dell'Ambiente Acquisti verdi per la pubblica amministrazione: lo stato dell'arte, evoluzione normativa e indicazioni metodologiche* del 2006, il quale 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 le risorse impiegate, purché ciò avvenga nel rispetto della trasparenza, della par condicio e della concorrenza"*

33 Per un approfondimento si veda, *ex multis*, A. CONCAS, *Le caratteristiche del contratto di appalto*, in diritto.it,

34 M. CALABRÒ, *Le certificazioni di qualità ambientale di prodotto quali fattori di competitività per il made in Italy*, in *Foro amm. TAR*, 2009, 9, p. 2639.

che le soluzioni da lui proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche.”

Anche in questo caso, quindi, possiamo osservare una pratica applicazione del principio di equivalenza³⁵, in forza del quale, in ossequio anche ai principi di proporzionalità, ragionevolezza e *favor participationis*, è consentito a ciascun partecipante alla gara di dimostrare che i propri modelli produttivi e le soluzioni adottate, sebbene non strettamente conformi alle specifiche tecniche individuate dalla stazione appaltante, sono comunque in grado di soddisfare i requisiti richiesti e per i quali erano state dettate quelle specifiche.

Quando questa equivalenza è dimostrata, non è consentito all'amministrazione respingere l'offerta³⁶.

D'altra parte il principio di equivalenza, nell'accettare soluzioni produttive alternative, oltre a favorire la massima partecipazione alla gara, può spingere le imprese a ricercare e a sviluppare tecnologie e metodologie produttive eco-compatibili sempre diverse, così stimolando una maggiore propensione del mercato verso la sostenibilità.

Si vede, quindi, come l'istituto degli appalti verdi sia perfettamente compatibile con le esigenze di salvaguardia della concorrenza e come esso possa avere l'effetto di stimolare la domanda e l'offerta di nuove tecnologie e, conseguentemente, la ricerca scientifica nel settore.

Passando, poi, ai criteri di aggiudicazione presi in considerazione dal Codice del 2006, questi ultimi risultano essere quello del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa³⁷, in ossequio a quanto previsto dall'impianto normativo europeo.

Ai sensi dell'art. 81 del d.lgs. n. 163/2006, la stazione appaltante è tenuta a scegliere il criterio di volta in volta più idoneo con riferimento alle caratteristiche dell'appalto.

Qualora scelgano di orientarsi verso il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'art. 83 del d.lgs. n. 163/2006 prevede espressamente la possibilità, per le stazioni appaltanti, di valutare criteri diversi rispetto a quelli meramente economici, purché essi siano *“pertinenti alla natura, oggetto e caratteristiche del contratto”* e tra tali criteri espressamente menziona alla lettera e) del primo comma *“le caratteristiche ambientali e il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto.”*

Come si vede, il Codice del 2006 guarda con estremo favore all'inserimento della variabile ambientale nella fase dell'aggiudicazione e consente all'amministrazione di tenere in maggior considerazione i criteri ecologici rispetto a quelli economici, purché tali criteri siano sempre collegati all'oggetto dell'appalto e non conferiscano alla stazione appaltante una eccessiva discrezionalità nella scelta dell'aggiudicatario.

35 Sul principio di equivalenza cfr., tra gli altri, R. MANSERVISI, *Principio di equivalenza del prodotto oggetto di fornitura*, in *Italiappalti.it*.

36 Sul punto, si veda, *ex multis* T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 19 maggio 2009, n. 3758, in *Foro Amministrativo (II)* 2016, 6, 1553 per il quale, ai sensi dell'art. 68 comma 4 del codice *“non è consentito alle stazioni appaltanti respingere un'offerta per il motivo che i prodotti ed i servizi offerti non sono conformi alle specifiche di riferimento, se nell'offerta stessa è data prova, con qualsiasi mezzo appropriato, che le soluzioni proposte corrispondano in maniera equivalente ai requisiti richiesti dalle specifiche tecniche.”*

37 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.

Le variabili ambientali, d'altra parte, trovano spazio anche nella successiva fase dell'esecuzione del contratto aggiudicato, sebbene quest'ultima risulti regolata, come è noto, da norme privatistiche.

Ed infatti, secondo quanto previsto dall'art. 69 d.lgs. n. 163/2006, le stazioni appaltanti possono esigere condizioni particolari a contenuto ambientale per l'esecuzione del contratto, quali, ad esempio, il recupero, il riciclaggio o il riutilizzo dei materiali adoperati dall'appaltatore, purché compatibili con i principi di trasparenza, non discriminazione, proporzionalità e parità di trattamento, nonché con il diritto comunitario.

L'art. 68 *bis* d.lgs. n. 163/2006, poi, prende in considerazione i c.d. "Criteri ambientali minimi" (o "C.A.M").

Questi ultimi, consistono in "*misure volte all'integrazione delle esigenze di sostenibilità ambientale nelle procedure di acquisto di beni e servizi delle amministrazioni competenti*"³⁸.

Individuano, dunque, gli strumenti specifici in materia ambientale da integrare all'interno degli appalti pubblici.

La loro disciplina specifica è contenuta in alcuni Decreti del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, ciascuno relativo ad una particolare categoria merceologica³⁹.

Si definiscono "minimi" perché, pur essendo derogabili da parte delle stazioni appaltanti attraverso la previsione di requisiti più stringenti per l'aggiudicazione, affinché un appalto possa qualificarsi come "verde", è necessario che almeno le indicazioni di base fornite da questi ultimi siano recepite nel bando di gara.

Nello specifico, l'art. 68 *bis* stabilisce l'obbligo per le amministrazioni, con riferimento ad alcune categorie di forniture e affidamenti specificamente indicate, di inserire nella documentazione di gara proprio i criteri ambientali minimi individuati nei decreti del Ministero dell'Ambiente.

Al comma secondo, tuttavia, la norma precisa che, per ulteriori categorie di forniture tassativamente indicate, tale obbligo è limitato al 50% del valore della gara.

Infine, è appena il caso di segnalare che l'art. 38 del Codice del 2006 prevede l'esclusione dalla gara per l'operatore economico condannato con sentenza passata in giudicato o altro provvedimento del giudice penale equiparato, per "*reati gravi*" e che "*incidono sulla moralità professionale*", ovvero in presenza di reati inerenti l'attività professionale svolta e idonei a testimoniare il mancato rispetto dei principi di deontologia professionale⁴⁰.

Dall'analisi dell'impianto delineato dal d.lgs. n. 163/2006, emerge come l'ambiente non venga più percepito quale limite alla iniziativa economica ed alla concorrenza, ma quale interesse pubblico e un valore da integrare e controbilanciare con quello espresso dalle logiche economiche e concorrenziali.

38 Cfr. PAN GPP 2013, punto 4.1.

39 A titolo meramente esemplificativo: apparecchiature elettroniche per uso ufficio, arredi per ufficio, carta, cartucce per stampanti, illuminazione pubblica, pulizia e prodotti per l'igiene, rifiuti urbani, ristorazione collettiva e derrate alimentari, serramenti esterni, servizi energetici per gli edifici (illuminazione, climatizzazione), tessili, veicoli, verde pubblico, arredo urbano.

40 A tal proposito, autorevole dottrina si è interrogata sulla possibilità di ricondurre all'interno di queste ipotesi anche la condanna per reati ambientali. Bisogna rilevare, in ogni caso, che rientra nella discrezionalità delle singole stazioni appaltanti la valutazione della moralità dell'offerente che abbia riportato tali condanne, pur dovendo queste ultime motivare compiutamente le loro scelte. Sul punto, G. L. ROTA e G. RUSCONI, *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, 2009; AA.VV., *Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori servizi e forniture*, a cura di M. SANNINO, Utet Giuridica.

Alcuni commentatori hanno ritenuto, tuttavia, che il Codice del 2006 si fosse limitato al mero recepimento di quanto già previsto dalle direttive CE nn. 17 e 18 del 2004 e non avesse tenuto conto delle specificità del sistema legislativo e sociale italiano.

Tutto ciò avrebbe avuto l'effetto di rendere particolarmente difficoltosa l'applicazione pratica dei principi e delle disposizioni previste dallo stesso Codice⁴¹.

Inoltre, nell'impianto normativo appena analizzato, l'inserimento dei requisiti ambientali non è mai configurato in termini di obbligatorietà, ma resta sempre rimesso alle scelte discrezionali delle stazioni appaltanti.

Tale circostanza è stata da alcuni interpretata quale indice di una chiara mancanza di coraggio da parte del legislatore, il quale non avrebbe mostrato di credere, fino in fondo, che gli appalti verdi potessero costituire una reale opportunità di sviluppo economico e sociale, specie nel periodo di crisi a cavallo del quale si è sviluppata la loro disciplina⁴².

3.1. Il d.lgs. n. 50/2016 e l'incremento degli obblighi ambientali.

Circa dieci anni dopo l'emanazione del d.lgs. n. 163/2006, con il nuovo Codice degli appalti, ossia con il d.lgs. n. 50/2016, lo sviluppo sostenibile e l'ambiente assumono un ruolo ancor più centrale nelle procedure di aggiudicazione degli appalti⁴³.

In generale, il legislatore ha implementato le regole oramai acquisite a livello comunitario, sia per ciò che riguarda i criteri per l'aggiudicazione degli appalti, sia per ciò che attiene ai c.d. criteri ambientali minimi (C.A.M.), che le stazioni appaltanti, come si è detto, sono tenute a rispettare.

Si ha l'impressione, in sostanza, che l'ordinamento italiano abbia finalmente preso atto delle enormi potenzialità che il settore della contrattualistica pubblica, forte della sua grande rilevanza economica, ha quale traino per il sostegno delle politiche ambientali⁴⁴.

Passando al dettaglio delle disposizioni del d.lgs. n. 50/2016, l'art. 30, nel richiamare al comma 1 i principi ispiratori del Codice, ossia quelli di economicità, efficacia, tempestività, correttezza, *favor participationis*, imparzialità, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, specifica che il principio di economicità, nei limiti di quanto previsto dal Codice stesso e dalle disposizioni del

41 Invero, secondo alcuni commentatori "il principio generale contenuto nel citato art. 2, comma 2, d.lgs. 163/2006, appariva largamente inattuato e le ragioni dell'economicità finivano con l'essere pur sempre prevalenti nell'orientare le decisioni delle pubbliche amministrazioni nella scelta degli appaltatori, senza spazio per l'utilizzo di criteri ambientali. Tale tendenza, a maggior ragione nella fase di crisi economica che, ancora oggi, si protrae, era confermata dai successivi interventi emendativi al Codice, orientati quasi esclusivamente al simultaneo perseguimento della crescita economica e dei tagli di spesa. Non senza evidenziare, peraltro, come i due obiettivi appaiono difficilmente conciliabili fra loro e, anzi, possono considerarsi perfino in contrasto, dal momento che appare difficile ipotizzare uno sviluppo senza spesa." G. FIDONE, F. MATALUNI *Gli appalti verdi nel Codice dei Contratti Pubblici* cit. p. 23.

42 Sul punto cfr. G. FIDONE, F. MATALUNI *Gli appalti verdi nel Codice dei Contratti Pubblici* cit. pp. 24 ss.

43 Tale volontà, peraltro, trova una espressa conferma nella L. 28/01/2016, n. 11 (Legge delega) che all'art. 1 co. 1, lett. p) tra i principi e criteri direttivi della delega individua: "previsione di misure volte a garantire il rispetto dei criteri di sostenibilità energetica e ambientale nell'andamento degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, facendo ricorso anche al criterio di aggiudicazione basato sui costi del ciclo di vita e stabilendo un maggiore punteggio per i beni, i lavori e i servizi che presentano un minore impatto sulla salute e sull'ambiente." A. DI GIOVANNI *L'ambiente sostenibile nel nuovo Codice degli appalti: Green Public Procurement e certificazioni ambientali* cit. p. 171.

44 In tal senso, sebbene prima dell'entrata in vigore del Codice 2016, si pronunciava anche G. MARCHIANÒ, *La regolamentazione nella domanda pubblica alla luce della legge delega di recepimento delle nuove direttive: il ruolo dell'Amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2016, pp. 1 ss

bando di gara, può essere subordinato a esigenze di tutela dell'ambiente e di promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico.

Come si vede, il nuovo art. 30 riprende la formulazione già contenuta all'art. 2 d.lgs. n. 163/2006, ribadendo, in sostanza, la preminenza dell'esigenza di tutela dell'ambiente rispetto alle esigenze di economicità, che da sempre avevano permeato la materia della contrattualistica pubblica a livello nazionale ed europeo.

Una prima novità la si rinviene, invece, nel comma 3 dell'art. 30, il quale prescrive che *“nell'esecuzione degli 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.”*

La suddetta norma differisce sensibilmente dal precedente art. 69 d.lgs. n. 163/2006, in quanto quest'ultimo si limitava a prevedere la “possibilità”, per le stazioni appaltanti, di esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto e, tra le suddette condizioni, faceva espresso riferimento a quelle sociali e ambientali.

Tale possibilità, peraltro, era subordinata al parere dell'Autorità competente, alla quale la stazione appaltante doveva comunicare la propria intenzione di esigere le suddette particolari condizioni.

Ancora più innovativa è la previsione contenuta nell'art. 4 del Codice, che disciplina i contratti esclusi dalla sua applicazione.

Contrariamente a quanto previsto dalla disciplina precedente, infatti, la disposizione in esame prescrive che i contratti pubblici esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione oggettiva del Codice 2016 devono essere affidati, in ogni caso, nel rispetto non solo dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e pubblicità (come era già previsto dall'art. 27 d.lgs. n. 163/2006), ma anche nel rispetto dei principi in materia di tutela dell'ambiente nonché di efficienza energetica.

Ancora una volta, come si vede, l'esigenza di tutela dell'ambiente diviene valore imprescindibile nell'affidamento dei contratti pubblici, tanto da permeare anche le fattispecie espressamente escluse dal Codice, finendo, di fatto, “per uscire dalla porta e rientrare dalla finestra.”

Pertanto, anche nelle fattispecie espressamente dall'applicazione della disciplina del Codice dei contratti, le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute, nel momento della scelta del contraente, al rispetto delle esigenze di tutela ambientale e di efficienza energetica che, dunque, assurgono al rango di interessi pubblici superiori⁴⁵.

Un'altra novità rilevante è che con l'art. 34 del nuovo d.lgs. n. 50/2016 (così come modificato dal d.lgs. n. 56 del 19 aprile 2017) scatta l'obbligo da parte di tutte le pubbliche amministrazioni di acquistare una quota di prodotti e di servizi secondo i criteri ambientali minimi stabiliti dai decreti del Ministero dell'Ambiente (c.d. C.A.M.).

Tale obbligo riguarda le categorie merceologiche appositamente menzionate nei medesimi decreti.

45 Si tratta di una disposizione importante, non solo per la novità introdotta rispetto alla disciplina previgente, ma anche per la sua collocazione. Tale art. 4, infatti, è collocato nella Prima parte del Codice, contenente la disciplina relativa ad *“Ambito di applicazione, Principi, Disposizioni comuni ed esclusioni”*. In altri termini, è come se il citato art. 4 segnasse una sorta di nuovo avvio del Codice dei contratti, a dimostrazione che lo stesso è divenuto più incline – fin da principio e fin dai principi – a garantire una maggiore attenzione al tema della protezione dell'ambiente e, quindi, degli appalti verdi. Così G. FIDONE, F. MATALUNI *Gli appalti verdi nel Codice dei Contratti Pubblici* cit., pp. 40-41.

In sostanza, le stazioni appaltanti sono tenute ad inserire nella documentazione progettuale e di gara (bandi, capitolati, lettere di invito ecc.) un contenuto minimo costituito quantomeno dalle specifiche tecniche e dalle clausole contrattuali contenute nei Criteri Minimi Ambientali.

Come è noto, i C.A.M. stabiliscono delle indicazioni "minime" in materia ambientale da integrare nei bandi di gara, sicché rimane fermo il principio in forza del quale le stazioni appaltanti possono, nell'ambito della propria discrezionalità e nel rispetto dei principi dell'evidenza pubblica, indicare ulteriori criteri ambientali.

Peraltro, nel testo originario del Codice, l'obbligo di inserire i C.A.M. per l'intero valore della gara era limitato a determinate categorie di appalti che, secondo quanto previsto dallo stesso Codice, erano da ritenersi idonee a conseguire l'efficienza energetica negli usi finali.

Negli altri casi, ossia per forniture e affidamenti non connessi agli usi finali di energia e oggetto dei criteri ambientali minimi, invece, l'obbligo dei C.A.M. era posto con riferimento solo ad almeno il 50% del valore a base d'asta.

Era anche previsto, però, che il Ministero dell'ambiente avrebbe dovuto disporre un progressivo aumento percentuale di tale obbligo sino al 100% del valore di base d'asta anche per questi ultimi contratti entro il 2020.

A tal proposito, tuttavia, vi era il rischio che potessero sorgere alcuni problemi pratici applicativi per le stazioni appaltanti proprio con riferimento alle fattispecie in cui l'obbligo dei C.A.M. era limitato solo al 50%.

In tali ipotesi, come osservato da autorevole dottrina⁴⁶, la stazione appaltante avrebbe dovuto suddividere l'importo a base d'asta, specificando anche le modalità con le quali vi aveva provveduto, distinguendo espressamente la parte del contratto sottoposta all'obbligo dei C.A.M. da quella che, invece, ne risultava esclusa.

Una simile suddivisione, evidentemente, sarebbe stata certamente più semplice in caso di acquisto dei beni, ma avrebbe creato non pochi problemi in caso di acquisto di lavori e di servizi.

Anche per questo motivo, attraverso il d.lgs. n. 56 del 19 aprile 2017, sono state soppresse le quote obbligatorie dei C.A.M. rispetto al valore posto a base d'asta, nonché le connesse categorie di servizi cui si applicavano gli stessi⁴⁷.

La nuova formulazione, infatti, non distingue più fra categorie di appalti nelle quali l'utilizzo dei C.A.M. si applica per l'intero importo e categorie nelle quali tale applicazione è limitata al 50% del valore complessivo.

E' poi opportuno segnalare la previsione, all'interno del nuovo Codice, delle c.d. "clausole ecologiche fisse" come ad esempio le specifiche tecniche di cui all'art. 68, le quali stabiliscono le caratteristiche di un lavoro, servizio, fornitura⁴⁸.

La vera novità - con riferimento alle specifiche tecniche ed in base a

⁴⁶ Per approfondimenti si veda, tra gli altri, G. FIDONE, F. MATALUNI *Gli appalti verdi nel Codice dei Contratti Pubblici* cit. pp. 42 ss.

⁴⁷ "Oltre a ciò, l'art. 34 tenta di collegare: Piano d'azione per la sostenibilità ambientale e CAM da una parte, specifiche tecniche e offerta economicamente più vantaggiosa dall'altra. Il collegamento indicato risulta tuttavia più forte per quanto concerne le specifiche tecniche, poiché si impone alle stazioni appaltanti di inserire i CAM nella documentazione di gara relative alle prime; obbligo per altro ribadito all'ultimo comma dell'art. 34; invece, per quanto concerne l'offerta economicamente più vantaggiosa, il rapporto fra CAM (e connesso Piano d'azione cit.) dovrà essere tenuto solo in considerazione dalle stazioni appaltanti sotto forma di criteri premianti." Così S. VILLAMENA, *Codice dei contratti pubblici 2006. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità* in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, fasc.3, 1 giugno 2017, p. 101

quanto previsto dal medesimo art. 68 d.lgs. n. 50/2016 - consiste nel fatto che tali caratteristiche possono riferirsi allo specifico processo o metodo di produzione o prestazione dei lavori, delle forniture o dei servizi richiesti, o a uno specifico processo per un'altra fase del loro ciclo di vita, anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale; è richiesto, tuttavia, che gli stessi siano collegati all'oggetto dell'appalto e proporzionati al suo valore e ai suoi obiettivi.

Non viene meno, in altri termini, il necessario collegamento con l'oggetto del contratto, che, come visto, è ribadito anche a livello europeo, in ossequio ai principi di proporzionalità e di ragionevolezza.

Le specifiche tecniche, pertanto, non devono pregiudicare la possibilità, da parte di tutti gli operatori economici interessati, di partecipare alla gara, in ossequio ai già noti e citati principi di concorrenza, imparzialità e *favor participationis*.

In applicazione di tali principi, il Codice obbliga le stazioni appaltanti a non escludere né dichiarare inammissibile l'offerta presentata da un operatore economico che, pur non allineandosi perfettamente alle specifiche tecniche ambientali inserite nel bando di gara, recepisce specifiche di carattere europeo o internazionale che risultino sostanzialmente equipollenti.

In questo caso, sarà l'offerente a dover dimostrare che il lavoro, il servizio o il prodotto oggetto dell'offerta siano idonei, in quanto compatibili alla norma europea o internazionale, a realizzare le prestazioni e i requisiti funzionali di carattere ambientale richiesti dalla stazione appaltante.

Come mezzo di prova per il rispetto di queste particolari specifiche tecniche ambientali, le stazioni appaltanti possono anche richiedere un'etichettatura specifica, ai sensi dell'art. 69 d.lgs. n. 50/2016.

In ossequio ai richiamati principi di concorrenza e non discriminazione, nel caso in cui un operatore economico non riesca ad ottenere l'etichettatura richiesta in tempo, per cause a lui non imputabili, la stazione appaltante deve accettare anche altri mezzi di prova che siano idonei a dimostrare che i lavori, i servizi o i beni oggetto dell'offerta presentata soddisfino i requisiti dell'etichettatura o quelli richiesti dal bando di gara.

In ogni caso, il Codice incentiva la diffusione delle etichettature ambientali⁴⁹, riconoscendo numerose agevolazioni per le imprese c.d. ecocertificate; questo vale, in modo particolare, con riferimento alla certificazione di qualità delle imprese.

3.2. I criteri di aggiudicazione e il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti.

Con riguardo ai criteri di aggiudicazione, si rileva che l'art. 36 co. 9 bis d.lgs. n. 50/2016, così come modificato dalla L. n. 55/2019, dispone che, *“fatto salvo quanto previsto all'articolo 95, comma 3, le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione dei contratti di cui al presente articolo sulla base del cri-*

48 S. VILLAMENA *Codice dei contratti pubblici 2006. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità* cit. pp. 101 ss.

49 Per approfondimenti sul tema delle certificazioni ambientali e delle “ecoetichettature” si veda A. BENEDETTI, *Profili di rilevanza giuridica delle certificazioni volontarie ambientali* in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'ambiente*, 2012, numero 1-2 pag. 5.

terio del minor prezzo ovvero sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa."

L'art. 95 co. 2 del d.lgs n. 50/2016, dal canto suo, precisa che *"fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici, le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, procedono all'aggiudicazione degli appalti e all'affidamento dei concorsi di progettazione e dei concorsi di idee, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita, conformemente all'articolo 96"*.⁵⁰

L'offerta economicamente più vantaggiosa può essere individuata, quindi, sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo oppure, in alternativa, sulla base dell'elemento prezzo o del costo, attraverso il criterio del costo del ciclo di vita.

Per ciò che attiene, invece, alle ipotesi in cui l'art. 95 d.lgs. n. 50/2016 consente alle stazioni appaltanti di ricorrere al criterio del prezzo più basso, autorevole dottrina⁵¹ ritiene che vi sarebbe - a ben vedere - una prevalenza del principio di economicità su quello della tutela dell'ambiente, contrariamente a quanto affermato in via di principio dall'art. 30 d.lgs. n. 50/2016.

Inoltre, l'aver voluto "cristallizzare" le fattispecie in cui risulta essere ammesso l'utilizzo del criterio del prezzo più basso è stato ritenuto in contrasto con la disciplina europea, la quale rimetteva tale scelta alla discrezionalità della stazione appaltante caso per caso.

A ciò può ben obiettarsi, tuttavia, che la previsione di un'eccessiva discrezionalità in capo alle stazioni appaltanti rischia di alimentare il contenzioso dinanzi ai Tribunali Amministrativi Regionali, dovuto ai ricorsi da parte degli operatori che, di volta in volta, si ritengono pregiudicati da un asserito uso distorto di tale discrezionalità.

In ordine all'individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, l'art. 95 d.lgs. n. 50/2016 consente alle stazioni appaltanti di valutare la qualità dell'offerta anche tenendo conto di criteri oggettivi, quali gli aspetti ambientali.

Inoltre, lo stesso art. 95 co. 6 inserisce espressamente, fra i criteri di valutazione, il possesso di un marchio di qualità ecologica dell'Unione Europea (Ecolabel UE) e *"il costo di utilizzazione e manutenzione avuto anche riguardo ai consumi di energia e delle risorse naturali, alle emissioni inquinanti e ai costi complessivi, inclusi quelli esterni e di mitigazione degli impatti dei cambiamenti climatici, riferiti all'intero ciclo di vita dell'opera, bene o servizio, con l'obiettivo strategico di un uso più efficiente delle risorse e di un'economia circolare che promuova ambiente e occupazione."*

Il criterio del costo del ciclo di vita (o *life-cycle costing*), dal canto suo, è disciplinato dall'art. 96 d.lgs. n. 50/2016.

Il *life-cycle costing* ricomprende, come già accennato, tutte le spese che un prodotto, servizio o fornitura determina a partire dall'acquisizione delle

⁵⁰ Per un approfondimento anche sulla disciplina previgente, sia consentito rinviare a G. CREPALDI, *Gli acquisti eco-sostenibili nel nuovo codice dei contratti pubblici italiano: considerazioni sul Life cycle costing*, in *Revista do direito*, Santa Cruz do Sul, v. 1 n. 54, p. 89.

⁵¹ Così S. VILLAMENA *Codice dei contratti pubblici 2006. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità* cit. p. 111.

materie prime necessarie alla sua produzione, nonché i costi connessi al suo utilizzo (quelli relativi, ad es., al consumo di energia e/o di altre risorse), alla manutenzione e al fine vita, quali quelli relativi al suo smaltimento o riciclaggio.⁵²

Non si riduce, pertanto, al mero prezzo di acquisto del bene.

Come è oramai ovvio, giunti a questo punto della trattazione, l'utilizzo del criterio del costo del ciclo di vita non può mai tradursi in un meccanismo di discriminazione tra i vari partecipanti ad una procedura ad evidenza pubblica.

E' necessario, allora, che le amministrazioni indichino, nei documenti di gara, la metodologia utilizzata per il calcolo dei costi del ciclo di vita, la quale, ai sensi dell'art. 96 d.lgs. n. 50/2016, deve essere stata elaborata sulla base di criteri scientifici obiettivi e deve poter essere accessibile a tutti⁵³.

Infine, è opportuno segnalare che il d.lgs. n. 50/2016 ha introdotto un particolare sistema di qualificazione per le stazioni appaltanti e per le centrali di committenza⁵⁴, che si affianca a quello che già gli operatori economici devono seguire per la partecipazione alle gare pubbliche.

L'art. 38, infatti, ha previsto l'istituzione, presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), di un apposito elenco pubblico delle stazioni appaltanti, comprese le centrali di committenza, che risultano essere qualificate.

Tale sistema di qualificazione è di fondamentale importanza in quanto, dal momento della sua entrata in vigore, l'ANAC non rilascia più il codice identificativo gara (CIG) - necessario per procedere all'acquisizione di beni, servizi o lavori - alle stazioni appaltanti che non dimostrano di rientrare nella specifica qualificazione conseguita.

Per ciò che attiene ai requisiti necessari al conseguimento della qualificazione, l'art. 38 prescrive che questi ultimi siano individuati anche sulla base di parametri ambientali, in particolare connessi alla *"applicazione di criteri di sostenibilità ambientale nell'attività di progettazione e affidamento"* dei contratti pubblici.

Tali criteri ambientali, quindi, rappresentano dei requisiti premianti che, assieme ai requisiti di base, costituiscono gli elementi su cui valutare la qualificazione delle stazioni appaltanti.

In altri termini, una stazione appaltante che vuole qualificarsi al fine di conseguire l'idoneità a procedere autonomamente all'acquisizione dei beni, dei servizi e dei lavori di cui necessita, deve dimostrare di avere una particolare sensibilità al tema ambientale nonché di attenersi, nello svolgimento della propria attività, ai criteri di sostenibilità ambientale.

Giova segnalare, per completezza espositiva, che ad oggi il sistema di qualificazione così delineato non risulta essere entrato in vigore, sicché trova

52 Si veda, tra gli altri, L. CARBONARA, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e la tutela dell'ambiente. I criteri di aggiudicazione* in giustamm.it, 2016.

53 G. CREPALDI *Gli acquisti eco-sostenibili nel nuovo codice dei contratti pubblici italiano: considerazioni sul Life cycle costing*, cit. p. 92. L'autore sostiene altresì che *"ancora una volta il Codice dei contratti pubblici finisce per rivolgersi al settore privato richiedendo collaborazione al mercato, alle imprese che operano nel settore e che, meglio di qualunque soggetto pubblico, conoscono gli aspetti produttivi e quelli successivi relativi alla manutenzione, al mantenimento ed al fine vita."* Sul punto si veda anche L. DE PAULI, *I costi del ciclo di vita nel nuovo codice degli appalti*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, p. 630 il quale, in senso critico, ritiene che *"i costi e i dati che le imprese dovranno fornire, che si immaginano complessi, potrebbero essere forniti solo dalle imprese più grandi e strutturate a sfavore delle medio-piccole e micro imprese; il sistema finirebbe allora per impedire di fatto la partecipazione alle gare da parte di quelle situazioni dimensionali imprenditoriali che il Codice si propone, invece, di favorire."*

54 Sulla qualificazione ambientale delle stazioni appaltanti, si veda, per approfondire, C. LAMBERTI, *La qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, pp. 1293 ss.

applicazione quanto previsto dall'art. 216 co. 10 d.lgs. n. 50/2016, in forza del quale *“Fino alla data di entrata in vigore del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti di cui all'articolo 38, i requisiti di qualificazione sono soddisfatti mediante l'iscrizione all'anagrafe di cui all'articolo 33 - ter del decreto - legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221.”*

Da ultimo, in ordine al sistema di qualificazione delle “CUC” (Centrali Uniche di Committenza), di cui all'art. 37 d.lgs. n. 50/2016, si evidenzia che quest'ultimo risulta sospeso sino al 31/12/2020 in forza di quanto previsto dall'art. 1 co. 1 lett. a) L. 55/2019.

4. Conclusioni: criticità e prospettive dell'istituto.

Per tutto quanto illustrato nel presente contributo può dirsi che, nel panorama nazionale e sovranazionale, il tema dell'efficienza dei contratti pubblici abbia assunto, col passare del tempo, un ruolo sempre meno marginale.

La promozione della tutela dell'ambiente si inserisce in un mutato contesto giuridico, sociale e culturale in cui il perseguimento della crescita economica passa necessariamente attraverso lo sviluppo sostenibile, che implica che ogni attività economica possa essere considerata apprezzabile solo se comporta un miglioramento della qualità dell'ambiente, della vita, della salute, e qualora garantisca un uso razionale delle risorse⁵⁵.

Tale posizione culturale, sebbene non universalmente condivisa, appare ormai da anni prevalente in seno alle istituzioni nazionali e sovranazionali che legiferano in materia di contrattazione pubblica⁵⁶.

Essa trova attuazione nella sempre maggiore applicazione del principio dell'integrazione degli interessi ambientali nelle discipline che regolano i diversi settori, in particolare quello dell'evidenza pubblica.

L'obiettivo, quindi, resta sempre quello di conciliare la tutela dell'ambiente con quella del mercato e della concorrenza.

Solo in questo modo l'ambiente può diventare lo strumento per la creazione di un nuovo mercato eco-sostenibile, indispensabile per il superamento dell'attuale scenario di crisi economica e finanziaria.

E' necessario, dunque, far sì che le pubbliche amministrazioni acquistino “verde” e rivolgano la propria attenzione verso prodotti a basso impatto ambientale, considerata anche la dimensione rilevante del mercato degli appalti, al fine di stimolare il mercato ad offrire sempre di più prodotti e servizi ecocompatibili.

Questo è stato, in buona sostanza, lo scopo che le direttive europee e le leggi nazionali sin qui esaminate hanno cercato di perseguire nel corso degli anni.

⁵⁵ G. FIDONE, F. MATALUNI *Gli appalti verdi nel Codice dei Contratti Pubblici* cit pp. 60 ss.

⁵⁶ Tale impostazione culturale è stata, tuttavia, fortemente criticata nelle opere di S. LATOUCHE, scettico verso l'idea della ricerca spasmodica, da parte dei governi, della crescita economica. Egli ritiene, invece, che il benessere dei singoli aumenterebbe se si adottassero misure volte ad una decrescita “felice”, sostenendo altresì che occorra smettere di utilizzare l'indicatore del PIL come indicatore di benessere. Proprio per questo, critica il concetto di sviluppo sostenibile dal momento che esso è sempre fondato sull'assunto che lo “sviluppo”, inteso nell'accezione di “crescita economica” sia alla base del benessere dei collettivi. Latouche sottolinea che i maggiori problemi ambientali, paradossalmente, sono dovuti proprio agli effetti della costante ricerca della crescita. Per salvaguardare l'ambiente, secondo l'autore, è indispensabile promuovere una strategia di decrescita, incentrata sulla sobrietà e sul senso del limite, attraverso il riciclo, la riutilizzazione dei prodotti, ecc.. Per approfondimenti: S. LATOUCHE, *Breve trattato sulla decrescita serena*, trad. it., Bollati Boringhieri, Torino, 2008; ID., *La scommessa della decrescita*, trad. it., Feltrinelli, Milano, 2009;

Il quadro normativo che è venuto così a delinearci, tuttavia, presenta almeno una criticità.

Il problema che si intende sollevare riguarda, specificamente, l'integrazione "pratica" delle variabili ambientali negli appalti pubblici.

A ben vedere, la considerazione di tali criteri negli appalti contribuisce ad aumentarne la complessità, dal momento che aumenta il numero delle variabili che dovranno essere considerate nelle varie fasi della procedura ad evidenza pubblica⁵⁷.

Tale aumento di complessità comporta, quasi fisiologicamente, problemi di tipo informativo relativi all'applicazione pratica dei criteri ambientali che riguardano tanto la pubblica amministrazione quanto gli operatori economici privati.

Come rilevato dal documento di approfondimento dal titolo "*L'applicazione del Green Public Procurement a un anno dal nuovo Codice degli appalti*", promosso dagli "*Stati Generali della Green Economy 2017*", sono emerse alcune rilevanti criticità proprio nell'applicazione di alcune norme del nuovo Codice dei contratti pubblici, specie di quelle che riguardano l'inserimento dei requisiti ambientali nei bandi di gara.

Tra le tante, si segnalano la presenza di disposizioni poco chiare e talora configgenti in materia di applicazione ed inserimento dei C.A.M. nelle procedure, l'eccessiva complessità delle stesse, l'assenza di direttive e linee guida per il calcolo dei costi del ciclo di vita e delle esternalità ambientali.

Ciò che maggiormente rileva, tuttavia, è la riscontrata carenza informativa, tanto della P.A. quanto delle imprese private⁵⁸ (soprattutto medie e piccole, che costituiscono la maggioranza del tessuto produttivo italiano), in materia di acquisti verdi e di applicazione dei C.A.M.

In sostanza, il contenuto dei C.A.M. appare articolato e disomogeneo e la loro corretta applicazione risulta in concreto tutt'altro che agevole per gli operatori.

L'interpretazione e l'attuazione dei C.A.M. e, più in generale, delle disposizioni di carattere ambientale in materia di evidenza pubblica richiedono competenze tecniche specifiche che spesso gli uffici tecnici delle stazioni appaltanti e delle imprese non possiedono.

Di fatto, il personale a disposizione dell'amministrazione è insufficiente e non dispone delle competenze idonee a gestire adeguatamente le varie fasi delle procedure ad evidenza pubblica che coinvolgono variabili ambientali.

Si è altresì sottolineato come, talvolta, perfino le commissioni aggiudicatrici siano composte perlopiù da personale poco informato, sicché vi è il rischio che queste ultime finiscano per privilegiare prodotti e servizi falsamente

57 Per approfondimenti sui contratti complessi si veda G. FIDONE, *Le concessioni come contratti complessi: tra esigenze di flessibilità e moltiplicazione dei modelli*, in M. CAFAGNO - A. BOTTO-G. FIDONE-G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche. Scritti su Concessioni e Partenariati Pubblico Privati*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 279 ss.

58 Alcuni autori hanno invece rilevato la presenza di una asimmetria informativa a vantaggio delle imprese private ed a danno della P.A., affermando che "*esiste una fisiologica asimmetria informativa a danno della parte pubblica e a vantaggio del privato, essendo quest'ultimo di regola più informato sui servizi e lavori che egli stesso offre rispetto all'amministrazione che li domanda. Tale asimmetria informativa a danno dell'amministrazione aumenta quanto più è complesso il contratto e, dunque, quando nell'operazione si considerino anche variabili ambientali (che spesso coinvolgono anche l'innovazione tecnologica) il fenomeno si amplifica.*

Su tale base, profittando della carenza informativa del committente/amministrazione, il privato può trovare ampi spazi per realizzare il proprio interesse, anziché quello del suo committente. La pratica ci dimostra che i contratti complessi sono spesso stati visti dal privato come momenti di grande vantaggio, con ampi spazi di realizzazione dell'interesse privato, perché i privati possono ottenere condizioni molto convenienti di aggiudicazione. Un rischio è che anche gli appalti verdi divengano uno strumento che si presti alla realizzazione di tale effetto indesiderato." Così G. FIDONE, F. MATALUNI, *Gli appalti verdi nel Codice dei Contratti Pubblici* cit. pp. 61-62.

ritenuti eco-compatibili a scapito di altri che presentano davvero un basso impatto ambientale.

Ciò riflette non soltanto una scarsa conoscenza delle norme relative alla disciplina degli appalti, ma anche di quelle che, più in generale, riguardano la tutela dell'ambiente.

Spesso la P.A. non è nemmeno a conoscenza delle novità in materia ambientale o ne sottovaluta le potenzialità, anche per quanto riguarda le possibili conseguenze giuridiche ad esse associate.

Dal canto loro, anche le imprese private necessitano di approfondire la loro conoscenza della normativa in materia di ambiente e di essere coinvolte nel processo formativo per poter meglio adempiere alle richieste della P.A., per esempio segnalando alle stazioni appaltanti la mancata o la non corretta applicazione dei C.A.M. nei capitolati.

Peraltro, una non corretta applicazione dei C.A.M. non fa altro che aumentare il già rilevante contenzioso amministrativo sviluppatosi in materia.

Sempre più spesso, infatti, le imprese escluse dalle procedure di gara perché non ritenute in possesso dei requisiti ambientali richiesti, di volta in volta, dalle stazioni appaltanti, si rivolgono ai Tribunali Amministrativi Regionali cercando di dimostrare l'illegittima applicazione di tali criteri ambientali.

E' di fondamentale importanza, allora, pensare ad un serio percorso di accompagnamento e di formazione che coinvolga la P.A. come pure le imprese.

A tal proposito, pare che qualcosa si stia finalmente "muovendo".

Infatti, alcune amministrazioni locali hanno cercato di promuovere progetti aventi ad oggetto proprio il dialogo con le imprese finalizzato alla reciproca formazione nell'ambito della promozione della tutela dell'ambiente.

A titolo meramente esemplificativo, la Città di Torino, nell'ambito del progetto Innocat "*Procurement of Eco-Innova on in the Catering Sector*" ha realizzato attività di coinvolgimento dei fornitori con l'obiettivo di redigere il nuovo appalto eco-innovativo nel settore della ristorazione collettiva scolastica.

Inoltre, nell'ambito del medesimo progetto, sono stati organizzati momenti di incontro - laboratorio, scambio e dialogo tra gli operatori privati lungo le catene di fornitura (produttori e distributori di prodotti e servizi per la pulizia, produttori di imballaggi, aziende che operano nella logistica, produttori e distributori di stoviglie, produttori di elettrodomestici, fornitori di derrate alimentari).

Ancora, la Città metropolitana di Roma ha promosso il progetto "*New monitoring system per il G.p.p.*", che consiste in un sistema di monitoraggio degli acquisti verdi nella pubblica amministrazione.

Tale sistema è stato poi integrato nel Sid (Sistema informativo determinante) dell'amministrazione e prevede l'interazione tra i funzionari responsabili degli acquisti, i responsabili del Dipartimento IV (Gruppo di coordinamento G.P.P.) e i responsabili della ragioneria.

Il Dipartimento IV utilizza i dati estrapolati dal Sid per effettuare un check periodico sull'attuazione del G.P.P. e svolge controlli a campione per verificare la correttezza dell'utilizzo dei criteri ambientali e dell'inserimento delle informazioni sugli acquisti verdi.

Il Dipartimento può anche intervenire sul Sid e modificarne le informazioni, oltre a fornire supporto tecnico per l'inserimento dei criteri ambientali nella documentazione di gara.

I responsabili della ragioneria verificano, poi, la correttezza delle procedure.

Infine, il Ministero dell'Ambiente e le Regioni hanno da poco sottoscritto un Protocollo di Intesa, della durata di 5 anni, allo scopo di avviare una più organica collaborazione istituzionale in tema di promozione degli acquisti e di realizzazione di opere pubbliche sostenibili, e in generale sul tema degli appalti verdi, tra gli enti locali e le stazioni appaltanti, coinvolgendo altresì gli operatori privati.

Un'iniziativa che nasce da una presa d'atto di un'applicazione dei C.A.M., da parte delle P.A. e delle centrali di acquisto, ancora non sufficientemente diffusa, nonché di un numero limitato di Regioni con un Piano di azione regionale sul G.P.P. adottato.

Obiettivo principale del Protocollo è il rafforzamento delle competenze sul G.P.P. degli operatori delle P.A. responsabili degli appalti e delle centrali di acquisto, per la reale integrazione dei criteri ambientali attraverso la definizione di una piattaforma comune di azione.

Per questo le parti si sono impegnate a condividere le proprie competenze e le necessarie risorse umane e strumentali⁵⁹.

In conclusione, può senz'altro affermarsi che l'istituto degli appalti verdi abbia delle forti potenzialità nell'ambito del miglioramento della tutela dell'ambiente, della promozione dello sviluppo sostenibile e dell'orientamento del mercato verso soluzioni eco-compatibili.

La piena espressione e valorizzazione di tali potenzialità, tuttavia, passa necessariamente attraverso la formazione costante degli operatori pubblici e privati del settore, nonché attraverso il dialogo ed il confronto tra la pubblica amministrazione e il mondo delle imprese.

Diversamente, prescindendo da questi due elementi, a nulla potrà valere l'inserimento obbligatorio dei criteri ambientali minimi e, più in generale, dei requisiti ambientali all'interno dei bandi di gara, in quanto la loro concreta applicazione risulterà sempre e comunque frustrata da operatori disinformati.

Si tratta, quindi di una nuova sfida per la pubblica amministrazione, alla quale sono richieste sempre maggiori competenze, informazione e trasparenza, nel tentativo di operare quel difficile temperamento, da anni ricercato ma mai completamente realizzato, tra la tutela dell'ambiente e la promozione dello sviluppo economico⁶⁰.



⁵⁹ Per un esaustivo approfondimento dei progetti summenzionati e di altri previsti da diverse amministrazioni locali, sia consentito rinviare a *L'applicazione del Green Public Procurement a un anno dal nuovo Codice degli appalti*, documento promosso dagli "Stati Generali della Green Economy 2017."

⁶⁰ G. FIDONE, F. MATALUNI *Gli appalti verdi nel Codice dei Contratti Pubblici* cit. p. 62.