



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA

Università degli Studi di Roma “La Sapienza”

Dipartimento di Scienze Politiche

Dottorato di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale

Diritto amministrativo europeo dell’ambiente

XXXIV Ciclo

S.S.D.*IUS*/10 Diritto amministrativo

Profili funzionali del contratto pubblico: la tutela dell’ambiente al crocevia tra integrazione e concorrenza.

Dottoranda

dott.ssa Carmen Imbembo

Tutor

Prof. Avv. M.V. Ferroni

Coordinatore

Chiar.mo Prof. F. Giglioni

Anno accademico 2020-2021

INDICE

Introduzione e delimitazione delle finalità della ricerca	pag. 1
---	--------

CAPITOLO PRIMO

IL PROCESSO DI INTEGRAZIONE EUROPEA E L'INCIDENZA DELLE DIRETTIVE DI TERZA E

QUARTA GENERAZIONE SULL'AGIRE CONTRATTUALE DELLE PUBBLICHE

AMMINISTRAZIONI

1. Premessa: il carattere funzionale dell'attività amministrativa svolta secondo moduli privatistici	» 10
1.1. La teorizzazione del modello dell'evidenza pubblica e la valorizzazione dell'interesse patrimoniale del pubblico committente nella legislazione pubblicistica di diritto nazionale	» 20
2. Il diverso movente alla base della regolazione, sul versante euronitario, delle procedure di selezione della controparte contrattuale privata prodromica alla conclusione di contratti di appalto pubblico: la tutela della concorrenza come volano per la realizzazione del mercato unico	» 26
3. L'affermazione, in via interpretativa, dell'interesse ambientale nella disciplina settoriale relativa al comparto delle pubbliche commesse: la diretta derivazione dai principi di integrazione e dello sviluppo sostenibile	» 31
4. La svolta segnata dalla più recente legislazione di diritto derivato sovranazionale: l'emersione di interessi <i>altri</i> dalla contendibilità del mercato dei pubblici affidamenti e l'impiego del contratto pubblico quale strumento attuativo delle <i>secondary policies</i>	» 42
4.1. In particolare, l'emersione e la valorizzazione del bene ambientale nelle disposizioni di cui alle previgenti direttive in tema di <i>public procurement</i> . L'afferenza all'oggetto dell'affidanda commessa quale limite all'esercizio del potere valutativo	» 47

5. Le Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE e la sostanziale equiordinazione delle esigenze di sostenibilità ambientale con l'originaria matrice pro-concorrenziale: una prima analisi dell'articolato » 57
6. Dal *Green Public Procurement* al *Sustainable Public Procurement*: una transizione già compiuta? Verso la tipizzazione del modello del *circular public procurement* » 67

CAPITOLO SECONDO

LA CONTRATTAZIONE PUBBLICA ECOLOGICAMENTE ORIENTATA

NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO: PROFILI STORICO-RICOSTRUTTIVI E DELINEAZIONE DELLE PROBLEMATICHE COMUNI. IL PROBLEMA DELL'INCIDENZA

SULLA NATURA E SULLE MODALITÀ DI ESERCIZIO DEL POTERE

1. Premessa pag. 73
2. Incidenza della caratterizzazione della tutela ambientale quale (implicito) valore costituzionale: natura e consistenza dell'attività riservata al Legislatore nazionale » 84
3. L'emersione dell'interesse alla tutela ambientale nelle disposizioni settoriali introdotte nell'ultimo trentennio » 91
4. Incidenza dell'integrazione dell'interesse ambientale sulla classificazione dell'attività riservata al pubblico committente: la facoltatività della previsione di clausole ecologicamente orientate » 98
5. Il mutamento di paradigma impresso dai più recenti interventi di novella della disciplina di diritto interno: obbligatorietà dell'osservanza dei criteri ambientali minimi e sua incidenza sull'estensione del perimetro dell'attività valutativa riservata all'amministrazione committente » 110
6. Contratti non ricadenti nell'ambito di applicazione oggettivo dell'obbligo di integrazione dei criteri ambientali minimi: diversa natura del potere esercitato dall'amministrazione committente in sede

di adozione della deliberazione di contrarre e di determinazione della *lex specialis* di gara in punto di internalizzazione dell'interesse ambientale » 119

CAPITOLO TERZO

SEZIONE PRIMA

L'INTEGRAZIONE DEI CRITERI DI SOSTENIBILITÀ AMBIENTALE NELLE FASI DI DEFINIZIONE DELL'OGGETTO DEL CONTRATTO E DI AMMISSIONE DEI CONCORRENTI. LIMITI SOSTANZIALI ALL'OPERATO DELL'AMMINISTRAZIONE AFFIDANTE E OSTACOLI ALLA TUTELA PROCESSUALE

1. La fissazione di specifiche tecniche come strumento per il perseguimento di politiche pubbliche in materia ambientale pag. 129
 - 1.1 Il bilanciamento tra *favor* per la tutela dell'ambiente e contendibilità del mercato delle pubbliche commesse nel disegno tracciato dal Legislatore nazionale. Della natura giuridica dell'attività commessa all'amministrazione affidante » 138
 - 1.2 Tecniche di formulazione e criticità connesse alla formulazione delle specifiche tecniche attraverso la previsione di requisiti funzionali e prestazionali. Il ruolo delle etichettature » 149
 - 1.3 Prova della conformità delle soluzioni offerte alle specifiche tecniche ed operatività del principio di equivalenza » 160
 - 1.4 Dei limiti al sindacato del giudice amministrativo sulla previsione di specifiche tecniche e sul giudizio di equivalenza: tra *self-restraint* e pregiudizio delle posizioni giuridiche attive vantate dai concorrenti » 170
2. La previsione di requisiti speciali di qualificazione. Le certificazioni relative al possesso di sistemi di gestione e audit ambientale: ricognizione della normativa sovranazionale e nazionale attualmente vigente » 176

- 2.1. La suscettibilità di avvalimento delle certificazioni di qualità ambientale: tra garanzia dell'affidabilità del contraente e valorizzazione del *favor participationis* » 194
- 2.2. La giustiziabilità dell'interesse *participationis* vantato dall'aspirante aggiudicatario e i confini del sindacato giurisdizionale sulla previsione di requisiti di qualificazione a connotazione ambientale » 202

SEZIONE SECONDA

L'INCIDENZA DEGLI OBIETTIVI DI SOSTENIBILITÀ AMBIENTALE SULLA SELEZIONE DELLA MIGLIORE OFFERTA: TRA COMPLESSITÀ DELLE VALUTAZIONI TECNICHE E LIMITI ALLA TUTELA GIURISDIZIONALE

3. Le ricadute, nell'ordinamento interno, del nuovo paradigma tracciato dalla legislazione di derivazione sovranazionale: la recessività dei criteri di aggiudicazione legati al mero prezzo, la valorizzazione delle caratteristiche qualitative ed ambientali delle soluzioni tecnico-progettuali e l'ambito di applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa basata sul miglior rapporto qualità-prezzo » 211
4. Le criticità legate alla commistione tra requisiti soggettivi e parametri per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa con riguardo agli elementi di valutazione legati alle caratteristiche ambientali ed energetiche delle prestazioni dedotte in contratto » 225
5. L'utilizzo del parametro di valutazione del costo del ciclo di vita e il problema della monetizzabilità e verificabilità dei costi legati alle esternalità ambientali » 233
6. I limiti del sindacato giurisdizionale sulla previsione delle clausole della *lex specialis* e sulle valutazioni compiute dal seggio di gara in sede di attribuzione dei punteggi » 239

CAPITOLO QUARTO

I CONTRATTI PUBBLICI NEL CONTESTO DELL'ECONOMIA CIRCOLARE. IL MODELLO DEL CIRCULAR PUBLIC PROCUREMENT TRA PROGRESSIVA AFFERMAZIONE ED APORIE NELLE PRINCIPALI ESPERIENZE GIURIDICHE CONTINENTALI

1. Il paradigma dell'economia circolare tra riflessione economica e graduale giuridicizzazione del concetto pag. 248
 2. Il ruolo del *sustainable public procurement* nella transizione verso nuovi paradigmi di sviluppo: il Green Deal europeo e l'affermazione del modello del *circular public procurement* in un più ampio disegno di politica industriale e ambientale » 255
 3. La contrattazione ecologicamente orientata nell'ordinamento francese: dalla facoltatività alla tendenziale cogenza. L'avvicinamento al modello italiano e la comunanza delle problematiche profilabili » 261
 4. L'impostazione tracciata dal Legislatore tedesco: la proporzionalità quale limite formale e sostanziale all'operato del pubblico committente » 276
- Osservazioni conclusive pag. 289
- Bibliografia pag. 298

Introduzione e delimitazione delle finalità della ricerca.

Che il processo di integrazione europea abbia profondamente inciso tanto sui profili di ordine formale, quanto sugli aspetti di carattere sostanziale del diritto amministrativo¹ e del diritto pubblico generale² è considerazione particolarmente evidente, specie laddove si rivolga l'attenzione alle innovazioni disciplinari intervenute nel panorama ordinamentale interno in diretta conseguenza degli interventi regolatori del Legislatore euro-unitario sin dalla sottoscrizione dei Trattati di Roma.

La costruzione di un ordinamento giuridico sovraordinato³, alla quale sul piano del diritto costituzionale hanno fatto da contraltare da un canto la costante erosione del carattere *libero*⁴ dell'attività riservata al Legislatore nazionale, dall'altro la consacrazione di nuovi interessi pubblici al perseguimento dei quali la realizzazione di quello si è rivelata funzionale, hanno indubbiamente rappresentato evenienze le quali hanno del pari concorso ad alterare taluni tra i caratteri precipui dell'azione amministrativa, da un lato affievolendo il legame tra il diritto pubblico e lo Stato⁵, dall'altro trascendendo nell'edificazione di un diritto amministrativo

¹ Ampi profili, al riguardo in G. Falcon (a cura di) *“Il diritto amministrativo dei paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali”*, Padova, 2005, 3 ss.

² Non sarebbe questa la sede per ripercorrere minuziosamente i lunghi e travagliati percorsi seguiti dalla giurisprudenza sovranazionale e dalla giurisprudenza costituzionale interna in punto di ricostruzione dei rapporti sussistenti tra le fonti del diritto sovranazionale e la gerarchia delle fonti di diritto interno, con particolare riguardo all'eventuale disapplicazione di disposizioni di diritto nazionale contrastanti con quanto riveniente dalla legislazione sovranazionale quali declinati dalle note pronunzie *Costa contro Enel* e *Granital*, sia consentito rinviare a G. Tesaurò, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2012, nonché P. Craig e G. De Burca, *The Evolution of EU Law*, Oxford, 2011 ed all'ampia bibliografia ivi citata.

³ Come tale caratterizzato da presupposti fondativi intrinsecamente difforni da quelli che hanno connotato l'intera parabola evolutiva dello Stato moderno. Si pensi, in primo, luogo, alla diversa declinazione assunta dalla sovranità statale in virtù dell'appartenenza all'ordinamento giuridico euro-unitario od all'affievolimento dell'ontologico legame tra il territorio ed il popolo, nonché alla minor percepibilità del principio della separazione dei poteri, elementi, questi ultimi, limpidamente evidenziati da S. Cassese, *Le basi costituzionali*, in Id., *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2003, 173 ss., nonché Id. *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002.

⁴ Sul punto, si vedano le acute riflessioni formulate da F.G. Scoca, *Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della pubblica amministrazione (riflettendo sul pensiero di Aldo M. Sandulli)*, in *A.M. Sandulli (1915-1984). Attualità del pensiero giuridico del maestro*, Milano, 2004.

⁵ Sul punto S. Cassese, *Le basi costituzionali*, in Id (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, , Milano, 2003. Sulla parabola evolutiva dello Stato e delle trasformazioni dei modelli e delle strutture amministrative, resta fondamentale l'opera del Giannini. Al riguardo, si vedano, M.S. Giannini, *Le amministrazioni pubbliche: profili storici e sociologici*, in Id *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1993, 3 ss, nonché, nel medesimo volume, *Amministrazioni e diritto amministrativo: secoli XIX e XX*, 35 ss., M.S. Giannini, *L'amministrazione pubblica nello Stato contemporaneo*, in G. Santaniello (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, I, Padova, 1988

generale europeo, chiamato a confrontarsi con e a condizionare sensibilmente i diritti amministrativi nazionali⁶.

L'assunzione di un'angolazione prospettica di maggior respiro sembra mostrare alquanto nitidamente come le evoluzioni intervenute nel panorama ordinamentale sovranazionale nel corso dell'ultimo quarantennio abbiano condotto al tramonto delle linee di indirizzo originariamente emerse e consolidatesi, il cui *proprium* sembrerebbe non senza ragione poter essere ravvisato nella tendenza ad identificare le risultanze del processo di integrazione eurounitaria nella costituzione di un'entità proteiforme tesa in via principale al perseguimento dell'interesse alla costruzione di un mercato unico, in linea di principio informato all'ottimale e razionale impiego e distribuzione delle risorse pubbliche.

Come si tenterà di evidenziare nel prosieguo, una pur incompleta ricognizione di talune tra le più significative innovazioni disciplinari registrate sul versante sovranazionale— specie laddove tale attività si rivelasse funzionale a scrutinare gli effetti che, sul piano della devoluzione delle competenze e delle modalità di esercizio del potere, siano conseguiti alla graduale affermazione di principi e regole sempre più pervasivi, mediatamente posti a presidio di valori di rilievo costituzionale— sembra rivelarsi particolarmente idonea a denotare come al paradigma dell'integrazione attraverso il mercato si sia progressivamente sostituita la costituzione di una comunità di diritto *pleno iure*, rivelatasi funzionale ad apprestare tutela ad una pluralità di interessi pubblici trascendenti quelli originariamente traggurati e destinati ad assumere una posizione di sempre crescente centralità nel composito quadro delle politiche e dell'azione delle Istituzioni euronitarie e, di converso, delle policies degli Stati membri.

Ciò che, collocando la relativa questione nel contesto ordinamentale interno e traggurandola dall'angolazione visuale delle modalità di esercizio del potere pubblico e delle eventuali limitazioni a quest'ultimo fraposte, ha sortito l'effetto di estendere il novero degli interessi meritevoli di tutela, costituenti oggetto di necessaria ponderazione nella spendita di quello, accrescendo i profili di complessità sostanziale di quest'ultimo.

È lungo tali coordinate che la presente dissertazione intende dipanarsi, muovendo dal tentativo di identificare le modalità con le quali la consacrazione di interessi pubblici *altri* dall'assetto

⁶ Sul punto, sia consentito rinviare alle considerazioni formulate da S. Mangiameli, *L'amministrazione fra integrazione, unificazione e verflechtung europea*, in Aic. *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali. Atti del XX Convegno annuale- Catania, 14-15 ottobre 2005*, Padova, 2007.

concorrenziale del mercato– il quale, come noto e come si tenterà di porre in evidenza nel prosieguo, avevano costituito il movente e la finalità ultimi degli originari interventi regolatori del Legislatore sovranazionale e, di converso, nazionale– sia destinata a riflettersi sulle concrete modalità di esercizio del potere amministrativo e, segnatamente, sulla determinazione dei limiti ai quali quest’ultimo soggiaccia.

Se, in una prima fase, gli interventi delle istituzioni sovranazionali nel settore della contrattualistica pubblica si sono rivelati improntati a garantire indirettamente le posizioni giuridiche soggettive vantate da coloro i quali aspirassero alla partecipazione alle procedure, con contestuale ascrizione al principio di concorrenza della funzione di limite esterno all’esercizio del potere amministrativo di valutazione, la più recente evoluzione normativa, incrementando i margini di apprezzamento devoluti in capo alle amministrazioni indicenti, inaugura una tavola di valori⁷ decisamente più ampia, in cui alla protezione delle ragioni del “mercato” e degli operatori nel medesimo operanti si accompagna il riconoscimento di istanze *prima facie* incompatibili con l’originaria vocazione esclusivamente economica dell’allora Comunità europea.

Si intende, in particolare, valutare se la graduale dilatazione degli interessi direttamente o mediatamente intercettati dal ed indirettamente condizionanti il procedimento di selezione del contraente e la successiva stipulazione contrattuale concorra ad accreditare una riconsiderazione dell’archetipo generale del contratto pubblico, con particolare riguardo agli elementi di specialità disciplinare e di alterità funzionale eventualmente rintracciabili in rapporto all’omologo modello civilistico ed alla relativa categorizzazione concettuale in guida di strumento di regolazione indiretta, come tale destinato ad affrancarsi dal modello storicamente dato, consacrato dalla legislazione contabilistica italiana e sostanzialmente riproposto nell’esperienza transalpina.

Tra gli interessi *altri* codificati dal diritto primario e derivato sovranazionale, una posizione di indiscutibile rilievo è da ascrivere all’integrazione dell’interesse ambientale, che ha contribuito a ridimensionare, sebbene non l’abbia adombrata integralmente, la centralità del canone di economicità⁸- il quale ultimo, come noto, aveva rappresentato tanto nel panorama

⁷ Si vedano, al riguardo, le conclusioni rassegnate da G. Pitruzzella, *L’Europa del mercato e l’Europa dei diritti*, in *Federalismi*, editoriale del 20 marzo 2019.

⁸ Sul punto, sia consentito rinviare alle osservazioni formulate da S.S. Scoca, *I principi dell’evidenza pubblica*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010.

ordinamentale sovranazionale⁹, quanto sul versante interno e nelle principali compagini statuali continentali¹⁰ una tra le principali ragioni a fondamento dell'introduzione di un capillare apparato disciplinare chiamato a presiedere alla conduzione delle procedure de quibus, transitando sostanzialmente inalterato nelle precedenti stagioni legislative– e a ridisegnare secondo logiche antinomiche gli imperativi dell'efficienza e della concorrenzialità del mercato dei pubblici affidamenti, come tali destinati ad esser ponderati con le esigenze di tutela dell'ambiente.

Sebbene ciò costituisca il portato dell'espansione del perimetro delle competenze dell'ordinamento sovranazionale e della pervasività della regolazione di derivazione euro-unitaria, il fenomeno pare rinvenire radici più profonde, contribuendo ad avvalorare– sebbene in termini diversi rispetto quanto fosse dato apprezzare relativamente agli interventi ed alle misure di analogo tenore adottati nel panorama nazionale¹¹ sin dal volgere al termine del secolo XIX– l'idea dell'uso strategico e, per ciò stesso, *funzionale* dell'attività contrattuale pubblica.

La caratura assiologica¹² che viene ad ammantare il procedimento di acquisto, quale diretta conseguenza della considerazione delle variabili ambientali nella conformazione del regolamento negoziale e, a monte, nell'attività di valutazione comparativa, non disgiunti dalla tendenziale relativizzazione dei principi di economicità e di concorrenza, intesi nell'accezione di canoni atti ad orientare e conformare–comprimendolo,–l'esercizio del potere amministrativo, hanno indotto a dirigere l'indagine lungo la direttrice della determinazione

⁹ Sulla relazione di strumentalità intercorrente tra la consacrazione della tutela della concorrenza alla stregua di finalità prioritariamente traguadata dalla legislazione del settore dei pubblici affidamenti e la garanzia dell'economicità degli approvvigionamenti delle pubbliche amministrazioni sia consentito rinviare a A. Sanchez-Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Oxford, 2011.

¹⁰ Con particolare riguardo all'ordinamento francese, sia consentito rinviare al risalente ma, nondimeno, di perdurante interesse contributo di L. Bourcier de Carbon, *Les marchés publics dans l'économie française*, in *La revue administrative*, 14, 83, 1961, 465 ss.

¹¹ Sul punto, si veda A. Farì, *L'uso strategico dei contratti pubblici*, in M. Cafagno e F. Manganaro, *A 150 anni dall'unificazione amministrativa. Studi a cura di L. Ferrara e D. Sorace, volume V. L'intervento pubblico in economia*, Firenze, 2016, 441 ss., ove l'autore analizza partitamente le misure adottate nel panorama ordinamentale nazionale sin dall'adozione della legislazione preunitaria in tema di unificazione amministrativa, con particolare riguardo alla realizzazione di opere pubbliche in chiave strumentale al miglioramento dei livelli occupazionali nelle aree depresse del Meridione, nonché, più di recente S. Screpanti, *L'intervento pubblico a sostegno delle infrastrutture in chiave storica*, in F. Bassanini, G. Napolitano e L. Torchia (a cura di), *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, Bologna, 2021.

¹² Aspetto, quest'ultimo, limpidamente evidenziato da M. Pennasilico, *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, in *Riv. quadr. dir. ambi.*, 2017, 1.

della latitudine degli spazi di libertà riconosciuti alla stazione appaltante nella predisposizione delle condizioni e delle regole del confronto competitivo.

Se si volge l'attenzione all'ordinamento nazionale, tale esigenza sembra poter essere apprezzata con significativa evidenza. Come si tenterà di porre in rilievo nel prosieguo dell'indagine, l'esegesi delle disposizioni introdotte nel panorama giuridico nazionale in sede di recepimento dell'ultima generazione delle direttive europee appare destinata a sollevare interrogativi in merito ai limiti all'osservanza dei quali soggiaccia l'esercizio delle facoltà riconosciute in capo all'amministrazione committente allorché quest'ultima intenda ovvero *sia tenuta* ad integrare le istanze di tutela ambientale nel procedimento contrattuale.

La delineazione della portata delle innovazioni rivenienti dalla legislazione euro-unitaria sulla disciplina nazionale in materia di pubblici affidamenti imporrà, dunque, di ripercorrere, nel primo capitolo della presente dissertazione, le principali tappe che abbiano caratterizzato l'evoluzione della legislazione di diritto interno, senza tralasciare le speculazioni dogmatiche ivi fiorite.

Ciò si rivela imprescindibile al fine di saggiare le ragioni dei profili di specialità disciplinare del contratto pubblico e comprendere se e quali limiti siano posti all'autonomia e alla libera determinazione dell'amministrazione indicente nella definizione del regolamento negoziale e, prima ancora, nell'articolazione della sequela procedurale nell'ottica del perseguimento l'interesse alla tutela dell'ambiente ed alla promozione dello sviluppo sostenibile.

L'esigenza di determinare se tali limitazioni sussistano e quale sia la loro consistenza si giustifica in considerazione del fatto che i contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni, in virtù della posizione rivestita dal contraente e del carattere funzionale dell'attività da quest'ultimo posta in essere si caratterizzano per la compresenza di atti costituenti esercizio di autonomia contrattuale e di atti e posizioni variamente riconducibili all'esercizio del potere amministrativo

discrezionale¹³ ¹⁴- contribuendo l'assetto degli interessi divisato in sede di adozione della deliberazione di contrarre¹⁵ a delimitare il perimetro¹⁶ entro il quale le valutazioni tecniche¹⁷ rimesse all'amministrazione aggiudicatrice in vista dell'ottimale perseguimento dell'interesse pubblico, possano aver luogo.

L'adesione ad un simile approccio ricostruttivo, pur nella consapevolezza della profondità e della significatività dell'incidenza della legislazione europea sulla concreta articolazione della disciplina di diritto nazionale chiamata a presiedere all'aggiudicazione delle pubbliche

¹³ Sul punto, sia consentito rinviare ad A. Massera, *I contratti*, in S. Cassese (diretto da) *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, II, Milano, 2003, 1556, laddove l'autore esplicita in questi termini il proprio pensiero: "Rispetto ai soggetti di diritto privato, le amministrazioni pubbliche si presentano come operatori giuridici in una posizione doppiamente caratterizzata, seppure in direzione inversa: da un lato dispongono di poteri esorbitanti [...]; dall'altro, però, il loro agire è perennemente condizionato da un vincolo [...], che è il vincolo del fine come cura dell'interesse pubblico specificamente proprio. L'«amministrare per contratti», in particolare, pone in speciale evidenza le questioni del rapporto tra autonomia privata e discrezionalità amministrativa, da una parte, e tra autonomia e principio di legalità dall'altra [...]: ciò in quanto se è nella legge che il vincolo del fine trova la sua prima espressione e definizione, è d'altro canto proprio in forza e in ragione di quel vincolo che nell'agire delle pubbliche amministrazioni, anche quando fanno uso dei moduli convenzionali, sono compresenti posizioni di autonomia privata e posizioni di discrezionalità amministrativa- tipizzando dunque l'azione delle amministrazioni stesse".

¹⁴ Da ascrivere all'alveo della discrezionalità amministrativa di matrice pura quantomeno in relazione alle fasi prodromiche all'indizione della procedura e destinate a culminare nell'adozione della deliberazione di contrarre, giacché, diversamente da quanto sia a dirsi per la natura delle valutazioni operate dall'amministrazione aggiudicatrice nei segmenti procedurali deputati alla selezione dei candidati ed all'individuazione dell'offerta aggiudicataria, relativamente alle quali può concordarsi in merito alla natura di valutazioni tecniche funzionali al miglior perseguimento del pubblico interesse quale in precedenza individuato e ponderato, la preliminare decisione amministrativa di procedere all'indizione della procedura si sostanzia nell'esercizio di un potere fondato sulla ricognizione e ponderazione degli interessi pubblici e privati compresenti. Dal momento che tale tematica sarà affrontata in limine nel prosieguo dell'indagine, allorché si procederà alla ricostruzione della natura giuridica delle valutazioni operate dalla stazione appaltante in relazione alle fasi di ammissione dei concorrenti e di valutazione delle offerte, sia in questa sede consentito rinviare, per una compiuta ricostruzione del diverso atteggiarsi delle valutazioni discrezionali nell'ambito dei diversi stadi del procedimento di evidenza pubblica alle osservazioni formulate da S. Vinti, *I principi dell'evidenza pubblica*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti con le pubbliche amministrazioni*, Torino, 2007, I, 243 ss.

¹⁵ La qualificazione giuridica della deliberazione di contrarre ha rappresentato un fertile terreno di scontro per l'elaborazione di molteplici opzioni ricostruttive, in linea di principio dipendenti dall'incerta qualificazione giuridica degli atti afferenti la fase pubblicistica dell'evidenza pubblica e dalla mancata definizione della medesima ad opera delle fonti legislative: in particolare, a posizioni, quale quella fatta propria dal Giannini e tendenti a valorizzare il connotato funzionale della deliberazione a contrarre senza prendere posizione sull'iscrizione della medesima all'una od all'altra categoria, si affiancano linee interpretative tendenti a predicarne espressamente la natura provvedimentale. Sul punto, si vedano S. Buscema ed A. Buscema, *contratti della pubblica amministrazione*, in G. Santaniello (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, VII, 3° edizione, Milano, 2007, 146 ss., nonché S.S. Scoca, *Evidenza pubblica e contratto*, Milano, 2008, S.S. Scoca *I principi dell'evidenza pubblica*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010, 243 ss.

¹⁶ Ed invero, la circostanza per la quale la deliberazione di contrarre rappresenti la sede deputata alla preventiva selezione e ricomposizione della trama degli interessi pubblici che intercettano lo svolgimento della procedura, in una con la definizione delle linee essenziali dell'articolazione procedimentale, destinate ad essere pressoché integralmente riprodotte negli atti costituenti la lex specialis di gara, viene indubbiamente a costituire un autolimito per il successivo operato dell'amministrazione indicente.

¹⁷ Rinviandosi al prosieguo della presente trattazione l'inquadramento dogmatico delle valutazioni tecniche rimesse all'amministrazione e le conseguenze da esso derivanti in punto di sindacabilità della decisione amministrativa che sulle prime si fonda, sia, nella presente sede, consentito richiamare la

commesse, appare, ad avviso di chi scrive, imprescindibile al fine di delineare in quale misura l'estensione al campo dell'attività privatistica dei principi e delle *regulae iuris* concernenti lo statuto dell'attività amministrativa tradizionalmente intesa e, segnatamente, l'estensione al campo dell'attività amministrativa di diritto privato dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza— legislativamente consacrati ma lungi dal rinvenire un indiscriminato riscontro sul piano applicativo— possa fornire un valido apporto per orientare l'interpretazione e ricondurre ad unità i profili di antinomia disciplinare— quando non di contraddittorietà— eventualmente rinvenibili dall'esegesi letterale delle disposizioni puntuali, anche a prescindere dall'esistenza di espresi richiami in seno alla norma¹⁸.

La valutazione delle conseguenze che l'introduzione di un ulteriore interesse pubblico al quale avere riguardo determini sui profili di specialità disciplinare e dei riflessi che quest'ultima determini sulla delicatezza del bilanciamento tra l'interesse alla tutela ambientale da un canto, i motivi di interesse pubblico alla base della scelta contrattuale e gli ulteriori interessi pubblici secondari che si stagliano sullo sfondo della procedura concorsuale dall'altro e, in particolare, la posizione dell'accento sulle conseguenze sortite dalla ponderazione degli interessi *de quibus* con le posizioni giuridiche attive riconosciute in capo agli operatori economici interessati alla partecipazione al confronto competitivo costituiranno il fulcro dell'analisi che si condurrà nelle sezioni successive.

Collocandosi in tale ordine di idee, appare non priva di rilievo la considerazione per la quale il riconoscimento dell'esistenza di siffatte “zone grigie” abbia indotto l'autorità di vigilanza del settore ad intervenire sul punto¹⁹, in particolare preconizzando l'adozione di linee guida non

¹⁸ Si veda, in particolare, la formulazione dell'attuale art. 34, D.Lg. 18 aprile 2016, n. 50, nella parte in cui, nel vincolare le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori all'inserimento, all'interno della documentazione progettuale, degli elementi e delle specifiche tecniche richiamate dai decreti ministeriali recanti i c.a.m., sembrerebbe dettare un obbligo incondizionato, non temperato dal bilanciamento con il canone di economicità della commessa.

¹⁹ Si cfr. Autorità nazionale anticorruzione, relazione illustrativa “*Applicazione dei Criteri Ambientali Minimi di cui al decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare dell'11 ottobre 2017 (Criteri ambientali minimi per l'affidamento di servizi di progettazione e lavori per la nuova costruzione, ristrutturazione e manutenzione di edifici pubblici)*” in www.anticorruzione.it, ove si legge che “*Tra i criteri previsti dal d.m. 11.10.2017[...] quelli che presentano maggiori problematiche applicative sono quelli inerenti la “selezione dei candidati”, che possono avere un effetto limitativo della partecipazione degli operatori economici alle procedure di gara aventi ad oggetto l'affidamento dei lavori; pertanto, si invitano le stazioni appaltanti a valutare con attenzione l'inserimento di tali criteri in funzione anche della tipologia di intervento e della rilevanza dello stesso, con l'obiettivo di garantire la più ampia partecipazione alle procedure di gara. In particolare, si suggerisce di inserire i criteri di “selezione dei candidati” solo nei casi in cui il possesso di requisiti aggiuntivi, quali il sistema di gestione ambientale o il rispetto dei principi di responsabilità sociale, sia da ritenersi strettamente necessario ad assicurare in relazione all'oggetto dell'affidamento, la migliore tutela ambientale e sociale e per interventi di particolare rilevanza in termini di importo, di natura dell'intervento, di ubicazione territoriale e di impatto nel contesto circostante. Nel caso di interventi di manutenzione ordinaria di ridotta rilevanza, per interventi di riparazione o locali o per interventi di ristrutturazione di piccola entità, la richiesta di tali ulteriori requisiti appare foriera di una non giustificata*”

vincolanti²⁰, dichiaratamente finalizzate ad orientare l'azione delle amministrazioni committenti e le relative valutazioni tecniche nell'integrazione dei criteri ambientali minimi nelle procedure di aggiudicazione relative al settore dell'edilizia, nella prospettiva dell'adeguato contemperamento delle istanze di protezione dell'ambiente e di sostenibilità dei consumi del settore pubblico con l'interesse *participationis* di cui sono latrici in primo luogo le compagini imprenditoriali di minori dimensioni.

Anticipando sin d'ora le conclusioni che si trarranno nel prosieguo, le considerazioni delle quali si discorre paiono rendere sempre più pressante l'esigenza di un'accorta applicazione del principio di proporzionalità ad opera delle stazioni appaltanti.

Attività, quest'ultima, la quale sembra imporre di scrutinare, in particolare, l'incidenza di tale canone, inteso nella tradizionale accezione di criterio atto a mitigare il conflitto tra beni giuridici e principi compresenti, sull'espressione della valutazione amministrativa e sulla conseguente decisione di aggiudicazione della commessa, valorizzando, conseguentemente, il rilievo dell'attività di controllo demandata al giudice amministrativo.

L'attività da ultimo ricordata non è esente da profili di criticità, in considerazione dei limiti che lo scrutinio relativo alle valutazioni *de quibus* è destinato a rinvenire. Questi ultimi appaiono inestricabilmente legati al problematico inquadramento delle molteplici species di attività valutativa commesse al pubblico affidante nell'alveo delle categorie della discrezionalità amministrativa, delle valutazioni tecniche, della discrezionalità mista o del merito amministrativo i cui confini, come si tenterà di evidenziare nel prosieguo, attraverso il rimando ai più significativi approdi dell'elaborazione pretoria, sembrerebbero divenire sempre più labili,

restrizione della partecipazione alla gara. Non ritenendo possibile, in assenza di indicazioni al riguardo nella norma primaria, la definizione di soglie di importo al di sotto delle quali i criteri di selezione possono non essere richiesti, l'individuazione delle soglie di "ridotta rilevanza" o di "piccola entità" è demandata alla stazione appaltante chiamata a fare una valutazione dell'impatto che la richiesta dei criteri medesimi può avere in termini di partecipazione alla procedura di gara a fronte degli effettivi benefici che il possesso delle certificazioni richieste dal decreto può avere nell'esecuzione della prestazione. Appare evidente che nell'ambito degli interventi di manutenzione ordinaria di ridotta rilevanza non possono essere ricompresi interventi di manutenzione ordinaria relativi a un complesso di immobili o a immobili di grandi dimensioni affidati, ad esempio, mediante accordi quadro di durata pluriennale; in tali casi, infatti, le politiche di materia di gestione ambientale e di responsabilità sociale applicate dall'impresa possono avere significativi effetti anche sull'esecuzione delle attività di manutenzione."

²⁰ Sul tema della qualificazione giuridica da ascrivere alle linee guida adottate dall'Autorità di regolazione del settore la bibliografia è sterminata. Sia consentito, nella presente sede, rinviare alle conclusioni rassegnate da G. Morbidelli, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, III, 273 ss., F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri c.d. del precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, in *Dir.proc.amm.*, 2017, II, 381 ss., F. Marone, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv.trim.dir pubbl.*, 2017, III, 743 ss., F. Marone e A. Pertici, *Quando una disciplina attuativa si sottrae al circuito democratico: il caso delle linee guida ANAC per l'attuazione dei contratti pubblici e la loro difficoltà di classificazione*, in *Etica & Politica*, 2020, III, 359 ss.

al punto da ingenerare oscillazioni circa l'ambito delle determinazioni effettivamente sindacabili e, in una misura decisamente più ampia, in merito alla idoneità delle "categorie" dapprima menzionate e, più in generale, delle categorizzazioni concettuali storicamente date del potere amministrativo ad incarnare gli attributi propri dell'attività amministrativa ove svolta nelle forme privatistiche.

Per le ragioni suesposte, la sezione centrale dello studio sarà incentrata su di un tentativo di ricognizione delle declinazioni che il potere esercitato dal pubblico affidante nell'integrazione delle considerazioni di natura ambientale nei molteplici stadi nei quali si articola il procedimento di valutazione comparativa assume e sulle modalità attraverso le quali quest'ultimo si riflette sulla cognizione demandata all'autorità giudiziaria, traguardando tali questioni dall'angolazione prospettica dell'effettività della tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche attive vantate dagli aspiranti contraenti eventualmente pregiudicati dall'illegittimo esercizio del potere valutativo.

Una considerazione, quella da ultimo richiamata, la quale costituisce la ragione precipua della scelta di dedicare taluni limitati cenni agli aspetti di ordine problematico potenzialmente rivenienti dalla graduale affermazione del contratto pubblico in funzione di strumento di politica ambientale ed industriale quale delineato dagli atti programmatici elaborati dalle Istituzioni eurounitarie nella prospettiva della riconversione del sistema economico europeo nella prospettiva dell'adesione al modello della *circular economy*.

Muovendo lungo le medesime direttrici, nella porzione terminale dello scritto si ripercorreranno, sia pur nelle proprie linee essenziali i caratteri che l'esercizio del potere valutativo rimesso al pubblico committente nella modulazione della *lex specialis* di gara in prospettiva ecologicamente orientata assume nelle principali esperienze giuridiche continentali, concentrando l'attenzione sulla delineazione dei limiti che caratterizzano lo scrutinio giudiziale sull'attività valutativa devoluta all'amministrazione affidante e sui giudizi espressi dal seggio di gara.

CAPITOLO PRIMO

IL PROCESSO DI INTEGRAZIONE EUROPEA E L'INCIDENZA DELLE DIRETTIVE DI TERZA E QUARTA GENERAZIONE SULL'AGIRE CONTRATTUALE DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

SOMMARIO: 1. Premessa: il carattere funzionale dell'attività amministrativa secondo moduli privatistici- 1.1. La teorizzazione del modello dell'evidenza pubblica e la valorizzazione dell'interesse patrimoniale dell'amministrazione nella legislazione pubblicistica nazionale.-2. Il diverso movente alla base della regolazione, sul versante eurounitario, delle procedure di selezione della controparte contrattuale privata ai fini della stipula dei contratti di appalto pubblico: la tutela della concorrenza come volano per la realizzazione del mercato unico.-3. L'affermazione, in via interpretativa, dell'interesse ambientale nel comparto delle pubbliche commesse: la diretta derivazione dai principi di integrazione e di sviluppo sostenibile- 4. La svolta segnata dalla più recente legislazione sovranazionale: l'emersione di interessi *altri* dalla concorrenzialità del mercato e l'utilizzo dei contratti pubblici come strumento attuativo delle *secondary policies*.4.1. In particolare, l'emersione e la valorizzazione dell'interesse ambientale nella disciplina recata dalle prevegenti direttive in materia di *public procurement*. L'afferenza all'oggetto dell'affidando contratto come limite.-5. Le Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE e la sostanziale equiordinazione delle esigenze di sostenibilità ambientale con l'originaria matrice pro-competitiva: una prima analisi dell'articolato.-6. Dal *Green Public Procurement* al *Sustainable Public Procurement*: una transizione già compiuta? Verso l'affermazione del modello del *circular procurement*.

1. Premessa: il carattere funzionale dell'attività amministrativa svolta secondo moduli privatistici

All'illustrazione delle evoluzioni che hanno interessato l'elaborazione concettuale del modello dell'evidenza pubblica gioverà premettere talune riflessioni circa la qualificazione giuridica delle manifestazioni della contrattualità delle pubbliche amministrazioni²¹. Ciò si rivela funzionale a

²¹ Si tralasceranno, per quanto continuino a rivestire peculiare interesse, le travagliate vicende concernenti il riconoscimento di una generale e piena capacità giuridica e di agire in capo alle pubbliche amministrazioni dal momento che, benché tale tematica non manchi di suscitare l'interesse della dottrina e di alimentare il dibattito circa l'individuazione dei caratteri di alterità rispetto la capacità giuridica intesa quale qualità della persona giuridica di diritto privato, sembra sia ormai incontrovertibilmente acclarata l'estensibilità delle previsioni di cui all'art. 11 c.c. anche ai pubblici poteri, potendosi, al più, non peregrinamente interrogarsi circa la concreta estensione dell'ambito delle determinazioni lasciate al libero apprezzamento delle amministrazioni contrattanti in punto di definizione del regolamento contrattuale e, quel che più rileva, relativamente alla scansione della sequenza procedurale destinata a culminare con l'aggiudicazione della commessa. Per l'approfondita ricostruzione del dibattito teorico-dogmatico concernente il riconoscimento e, correlativamente, la delimitazione dell'ampiezza dei confini della capacità giuridica riconosciuta in capo agli enti pubblici, sia consentito rinviare a S. Buscema ed A. Buscema, *I contratti della pubblica amministrazione*, in G. Santaniello (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, VII, 3° edizione, Milano, 2007, specie 34 ss. ove gli autori parrebbero riproporre, sia pur in termini diversi rispetto quanto fosse dato arguire dalle elaborazioni della scienza giuridica pubblicistica nel periodo collocato a cavaliere tra il XIX ed il XX secolo, la

determinare l'estensione delle determinazioni rimesse al libero apprezzamento delle amministrazioni contrattanti nella definizione del regolamento contrattuale e della sequela procedimentale culminante nell'aggiudicazione della commessa.

È noto, al riguardo, che il problema dell'individuazione dei vincoli posti all'autonomia²² delle stazioni appaltanti si intreccia con le questioni involgenti la riconduzione dell'attività contrattuale nell'alveo dell'attività amministrativa o nell'attività contrattuale di diritto comune, posta in essere in posizione paritetica rispetto al privato contraente, costituente, dal proprio canto, un più circoscritto riflesso del più ampio problema della conciliabilità del contratto e con l'esercizio della funzione amministrativa.

In una prospettiva di ricostruzione storica, l'ascrizione dell'attività contrattuale posta in essere dai pubblici poteri all'interno della categoria generale dell'attività amministrativa tradizionalmente intesa ha rappresentato una tra le tematiche più controverse che la dottrina giuspubblicistica sia stata chiamata ad affrontare.

Essa ha ricevuto soluzioni mutevoli²³, rinvigorite dalla persistenza di profili di incertezza arguibili dal fatto che, di recente, – pur incentrandosi l'attenzione sull'analisi di ben più

concezione della capacità e della contestuale legittimazione negoziale delle pubbliche amministrazioni come limitata e conformata dall'esistenza del c.d. "principio positivo", segnatamente evidenziandone l'interrelazione rispetto la necessità di assicurare la funzionalizzazione dell'attività di diritto privato al perseguimento dell'interesse pubblico. Ampi riferimenti, con particolare riguardo all'interpretazione in chiave critica delle teoriche tendenti a ravvisare limitazioni alla capacità negoziale delle pubbliche amministrazioni in S. Valaguzza, *Società miste a partecipazione comunale. Ammissibilità ed ambiti*, Milano, 2012, specie 52 ss.

²² Si premette che, nella presente sede, il richiamo alla categoria dell'autonomia negoziale assume valenza generica e meramente descrittiva dei margini di flessibilità riconoscibili in capo all'amministrazione aggiudicatrice nella modulazione della sequela procedurale in chiave ecologicamente orientata, ritenendosi che l'ascrizione di tali margini di flessibilità nell'alveo della discrezionalità o dell'autonomia contrattuale postulino un'approfondita disamina della natura dei poteri concretamente esercitati dalle prime nell'articolazione della procedura selettiva, ciò su cui si concentrerà l'attenzione nel prosieguo. Sulla distinzione tra le nozioni di autonomia negoziale e di autonomia privata, con conseguente attrazione della prima alla generale capacità giuridica dell'ente e non alla libertà di autodeterminazione dei propri interessi, pertinente, di contro, alla seconda nozione, si veda S. Valaguzza, *Società miste a partecipazione comunale*, cit. 124, nota 46, in fine, anche per un'esauritiva ricostruzione del dibattito dottrinale e dell'incidenza sortita dal connotato di funzionalizzazione dell'attività amministrativa sulla determinazione della natura delle posizioni esercitate dal pubblico contraente nell'esercizio dell'attività di matrice negoziale. Contraria al riconoscimento di una posizione di autonomia negoziale F. Cancelli, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, cit. 168 e 169, ove si pone in rilievo che: "Quella che taluno ha definito "autonomia pubblica negoziale", proprio perché intesa alla soddisfazione di interessi pubblici non è libera e non può essere libera [...] Nel contesto attuale i moduli convenzionali paiono rappresentare veri e propri strumenti per la cura di interessi pubblici, nel senso che si tratta di potere amministrativo che si traduce nel modulo consensuale e non di potere di autonomia negoziale [...] Non si realizza, dunque, un riflesso automatico e totale nel diritto comune, perché la natura pubblica del potere non è condizionata alla forma autoritativa dell'atto al quale esso mette capo, ma alla realizzazione degli interessi pubblici per il quale è stato costituito".

²³ In relazione a tale profilo, appare di rilievo la circostanza che, pur allorché le posizioni della dottrina si siano attestate nella prospettiva del riconoscimento dell'afferenza dell'attività contrattuale all'attività amministrativa strumentale, risposte contrastanti siano state date al profilo dell'eventuale sottoposizione di tale attività all'osservanza del principio di legalità. Sul punto, si cfr. M.S. Giannini *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, III, Milano,

dirompenti manifestazioni della consensualità amministrativa²⁴-, la scienza giuridica abbia da un canto rimarcato l'esistenza di elementi comuni a tali fattispecie²⁵, dall'altro la presenza di profili differenziali tra tali moduli convenzionali e l'attività contrattuale, con la conseguenza di rendere problematica la delineazione delle ragioni di fondo atte a giustificare le peculiarità

1958, "Ci si è chiesto, da taluni, se l'attività amministrativa regolata dal diritto privato abbia, come attività in senso proprio, alcune proprietà generali. Si è detto, per esempio, che essa non è vincolata alla regola della riserva di legge o del principio di legalità, come invece avviene per l'attività amministrativa di diritto pubblico: la cosa è del tutto comprensibile, poiché questi principi sono, negli ordinamenti positivi, dei limiti-garanzia dell'azione dei soggetti che agiscono in quanto autorità, e quindi non ne ricorre l'applicabilità allorché l'amministrazione agisce come soggetto privato dell'ordinamento generale", nonché ID, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993,

²⁴ In riferimento alla materia dei contratti c.d. ad evidenza pubblica, a seguito dell'introduzione, nel corpo dell'art 1, L. 07 agosto 1990, n. 241 del co. 1-bis, nella parte in cui dispone che l'adozione di atti non autoritativi da parte delle pubbliche amministrazioni, nell'assenza di disposizioni derogatorie, soggiaccia all'applicazione della disciplina di diritto comune, è singolare che siano emerse in dottrina posizioni contrastanti tanto in relazione all'eventuale ricomprensione, nell'ambito di applicazione della norma, dell'attività contrattuale posta in essere dalle pubbliche amministrazioni ovvero, espressa la questione in termini parzialmente divergenti, in relazione alla qualificazione giuridica degli atti da queste adottati nel corso del procedimento contrattuale con precipuo riguardo alla connotazione dei medesimi in senso pubblicistico, *id est* alla stregua di atti unilaterali, ovvero in un'ottica privatistica, quale espressione di autonomia negoziale (sul punto, per la negatoria dell'applicabilità di tale disposizione all'attività contrattuale, L. Iannotta, *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in *Dir.amm.*, 2006, 356 ss.). In chiave maggiormente problematica e, nel tentativo di ricomporre ad unità le diverse elaborazioni teoriche sorte in punto di giustificazione e ratio legis poste alla base di una disciplina di diritto speciale, per diversi profili derogatoria del diritto comune, D.de Pretis, *L'attività contrattuale della p.a. e l'art. 1-bis della legge n. 241/1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, in *Giustamm.it*.

²⁵ In primo luogo ci si riferisce alla necessità del consenso che caratterizza ambedue le manifestazioni- ciò che ha indotto autorevoli opinioni dottrinali ad accomunare le fattispecie de quibus nella categoria degli atti c.d. *a consenso necessario*, dall'altro la presenza di profili differenziali tra i prefati moduli e l'attività contrattuale stricto sensu intesa ed, in estrema sintesi, identificabili nel diverso atteggiarsi e nella differente consistenza all'uopo assunta dalle molteplici estrinsecazioni del potere discrezionale da parte delle pubbliche amministrazioni. Per una compiuta rassegna delle posizioni emerse nella scienza giuridica, in una con la ricostruzione del diverso atteggiarsi della discrezionalità in relazione all'an, al quomodo ed al quid, tanto in relazione agli accordi pubblicistici tra amministrazioni e privati, quanto in punto di articolazione delle procedure dell'evidenza pubblica, si vedano le osservazioni formulate da F. Cangelini, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2006.

della categoria e la natura giuridica dei contratti dell'evidenza pubblica²⁶ e degli atti adottati dalle amministrazioni aggiudicatrici nel concreto dispiegarsi di quelle²⁷.

Collocandosi in tale ordine di idee, si ritiene imprescindibile prendere abbrivio dal carattere di *funzionalizzazione* dell'attività amministrativa per determinarne la riferibilità all'attività considerata di matrice privatistica.

Tale premessa sembra costituire una chiave di lettura idonea ad esplicitare le ragioni dell'introduzione, in relazione a taluni tipi negoziali, di una disciplina chiamata a regolare la formazione della volontà²⁸ e la conclusione di contratti da parte delle pubbliche amministrazioni e, di converso, a porre in rilievo le modalità con le quali l'interesse pubblico

²⁶ In tale prospettiva, non appare casuale la circostanza che anche in tempi relativamente recenti, del contratto ad evidenza pubblica e, segnatamente, del contratto di appalto avente ad oggetto l'esecuzione di opere pubbliche siano state prospettate delle ricostruzioni che, colte nei propri estremi, da una parte trascendono in una riconduzione della fattispecie in chiave integralmente pubblicistica, per certi versi riprendendo l'elaborazione della dogmatica d'oltralpe in tema di *contrats administratifs* e fondate sulla considerazione e sulla valorizzazione dei profili di deroga rispetto la disciplina civilistica dell'appalto(sul punto, sia consentito rinviare a P. Virga, *Contratto (dir. amm.), Teoria generale del contratto pubblico*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961,979), ove l'autore propende per la riconduzione del contratto de quo nella categoria dei contratti amministrativi; nonché, più di recente A. Carullo, *Appalti pubblici*, in *Enc. dir.*, agg. V/, Milano, 2001, 79 ss., ove l'autore ha, in particolare, posto in rilievo l'incidenza della disciplina di matrice sovranazionale sulla possibilità di riconduzione della nozione di appalto pubblico nell'omologo schema disegnato dalla disciplina civilistica); dall'altra, sembrerebbero per certi versi ridimensionare la rilevanza dei pur esistenti elementi di alterità strutturale e disciplinare, predicandosi la necessità di una *reductio ad unitatem* degli schemi dell'appalto pubblico e dell'appalto privato e, correlativamente, l'inutilità sul piano sistematico ed interpretativo di costruzioni concettuali atte a ravvisare nel contratto di appalto pubblico un tipo di contratto speciale (così, in particolare L.V. Moscarini, *L'appalto nel codice civile e nel codice dei contratti pubblici*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis e R. Garofoli (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, I, Milano, 2007, specie 43, ove si sostiene che: "L'entrata in vigore del c.d. codice dei contratti pubblici [...] potrebbe a prima vista lasciar supporre che i contratti di appalto della p.a. abbiano assunto natura di veri e propri contratti di diritto pubblico, come tali accomunati in un'unica normativa comprendente anche le figure sicuramente pubblicistiche [...]Ma tale prima impressione può essere superata [...] L'esplicito riconoscimento del codice civile come fonte primaria di portata generale, suppletiva ed integrativa di tutto quanto non previsto dalla disciplina, essa sì speciale, dei contratti pubblici, consente di riguardare ancora come sostanzialmente inutile la collocazione del contratto di appalto pubblico come contratto di diritto speciale".

²⁷ Peculiare, al riguardo, l'elaborazione concettuale formulata da G. Greco *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986 e fondata sull'ascrizione degli atti afferenti alle procedure ad evidenza pubblica, primo fra tutti il bando di gara, alla categoria dell'atto amministrativo negoziale. Tesi successivamente ripresa dal medesimo autore in *Argomenti di diritto amministrativo*, I, Milano, 2017. Per un'efficace confutazione dei presupposti della prefata ricostruzione concettuale, si veda F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*,1995, nota 46, ove l'autore rileva come: "l'idea su cui sembra basarsi la figura dell'«atto amministrativo negoziale» è difficilmente condivisibile: è da ribadire infatti che un soggetto, sia pure un soggetto come la pubblica Amministrazione, nell'esercizio della sua autonomia privata, non può che adottare appunto atti di diritto privato. Se così non è non si saprebbe sulla base di quale potere, che non sia pubblicistico, giustificare l'adozione di atti amministrativi, sia pure «negoziali», per i quali rimanga comunque rilevante (anche rispetto alla loro validità) l'interesse pubblico e nei quali venga esercitata la discrezionalità. D'altronde, nonostante gli sforzi che Greco fa per differenziare il regime degli atti amministrativi negoziali da quello dei provvedimenti, sembra di poter riaffermare che tale regime permanga identico: identiche le situazioni soggettive che «muove», identico il regime delle invalidità. Ciò che dovrebbe contraddistinguere i due regimi (l'inefficacia degli atti c.d. negoziali «al di fuori dell'autoregolamentazione della sfera dell'Amministrazione») è un dato non chiaro e soprattutto non conforme al diritto positivo".

²⁸ Sul punto, si cfr. M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit.,

incida e si ponga in relazione rispetto all'oggetto ed alla causa²⁹ del contratto, anche al fine di determinare se l'attività amministrativa privatistica continui a soggiacere al medesimo statuto giuridico³⁰ riservato all'attività posta in essere mediante la spendita di poteri pubblicistici ovvero se l'idea di "separatezza" tra le due *species*, predicata sin dalle origini dell'elaborazione dogmatica e giurisprudenziale, possa dirsi tuttora operante ed in che modo si riverberi sull'esercizio di tale attività.

Ciò che, in relazione alla presente indagine, sembra imprescindibile per vagliare l'estensione dei margini di manovra riservati alle amministrazioni committenti nella prospettiva dell'impiego del contratto pubblico in funzione di tutela ambientale, in particolare laddove non soccorra la predeterminazione legislativa dei termini del bilanciamento, *recte* la discrezionalità amministrativa e l'apprezzamento tecnico non siano stati debitamente *incanalati*³¹ dalla fonte normativa.

²⁹ Con particolare riguardo al campo disciplinare dell'attività contrattuale posta in essere dai pubblici poteri, è d'uopo porre in rilievo come la funzionalizzazione dell'attività amministrativa al perseguimento dell'interesse pubblico avesse indotto autorevoli voci della scienza giuspubblicistica nazionale a ritenere che tale connotato incidesse del pari sulla causa del negozio concluso tra amministrazioni e privati, aprendosi, pertanto, la via al recepimento nell'ordinamento interno della categoria dogmatica di ascendenza tedesca del *contratto di diritto pubblico*, per giungere, all'esito di un processo evolutivo culminato con la teorizzazione gianniniana ed integralmente recepito dall'elaborazione dottrinale successiva, alla negatoria dell'alterità strutturale dell'elemento causale dei contratti stipulati da pubbliche amministrazioni rispetto le fattispecie soggiacenti alla disciplina di diritto comune, riservandosi, al contrario, al pubblico interesse istituzionalmente commesso all'amministrazione contraente il ruolo di motivo giuridicamente rilevante del contratto. Sebbene la ricostruzione da ultimo richiamata appaia nettamente prevalente pur nell'attuale temperie, è necessario, del pari, rilevare come la consacrazione del modulo contrattuale alla stregua di strumento deputato al perseguimento di interessi generali eccedenti la soddisfazione delle esigenze concretamente avute di mira con l'aggiudicazione e l'esecuzione della commessa, abbiano propiziato l'emersione di opzioni ricostruttive, le quali, in parte richiamandosi alle concezioni del Bodda, sembrerebbero far assurgere l'interesse ambientale al ruolo di elemento causale del contratto di appalto pubblico, con la conseguenza di inferire l'istituzione di un diverso tipo contrattuale. Il riferimento corre, in particolare, a M. Pennasilico, *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico": un altro modo per soddisfare i bisogni*, in *Rass.dir.civ.*, 2016, I, 1291 ss., ove la teorizzazione del c.d. modello del quinto contratto, per tale intendendosi la fattispecie negoziale orientata all'attuazione di condizioni di sviluppo sostenibile e di tutela ambientale, si riverbera nell'attrazione alla sfera della funzionalizzazione al perseguimento del pubblico interesse ambientale anche dell'autonomia privata della controparte contrattuale.

³⁰ L'unitarietà dello statuto giuridico dell'attività amministrativa e, dunque, la sottoposizione della generalità delle manifestazioni dell'agere dei pubblici poteri al medesimo corpus di disposizioni di principio, con un'estensione dell'idea della funzionalizzazione dell'agere anche all'attività svolta in forme diverse da quelle provvedimentali, è ben evidenziata da F.G. Scoca, *Attività amministrativa*, in *Enc.dir., agg. VI*, Milano, 2006, 75 ss., nonché, prestando particolare attenzione all'attività posta in essere attraverso il ricorso a modelli contrattuali e negoziali, Id, *Autorità e consenso*, in *AA.VV. Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, *Atti del XLVIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 2002, 22 ss.

³¹ Sul punto, si veda A. Di Giovanni, *L'ambiente sostenibile nel nuovo Codice degli appalti: green public procurement e certificazioni ambientali*, in *Dir. econ.*, 2018, I, 171, ove l'Autrice, nel valutare gli elementi di discontinuità tra l'attuale e la previgente disciplina di diritto interno in punto di considerazione dell'interesse ambientale nella contrattazione dei pubblici poteri, osserva "Se dunque nella precedente normativa vi era una ampia discrezionalità da parte della pubblica amministrazione nel valutare l'elemento ambientale e nel definire l'oggetto dell'appalto c.d. verde, con il nuovo Codice il legislatore ha inteso restringere ed incanalare questa discrezionalità, prevedendo l'obbligo di inserimento nella documentazione progettuale e di gara

La costruzione di una teoria del contratto pubblico, come la perimetrazione dei profili funzionali e finalistici dei negozi conclusi dai pubblici evidenziano con immediatezza gli elementi di complessità strutturale e funzionale che connotano tanto l'attività provvedimentale³² quanto l'attività privatistica dell'amministrazione.

La significatività di tali profili costituisce un più specifico riflesso del dilemma involgente la determinazione del rapporto e del concorso tra il diritto pubblico ed il diritto comune nella disciplina delle manifestazioni dell'azione amministrativa, il quale ultimo, come noto, ha caratterizzato la parabola evolutiva dello Stato moderno. Tale nodo, con riferimento all'ordinamento italiano, sembrerebbe essere stato risolto mercé il riconoscimento di una posizione di preminenza assoluta ora all'una, ora all'altra disciplina, registrandosi in particolare talora tendenze integralmente privatizzanti, talaltra consacrando la prevalenza di soluzioni pan-pubblicizzanti, secondo un andamento di tipo circolare che ben potrebbe riproporsi nell'attuale contesto storico-giuridico³³.

Si dovrà necessariamente circoscrivere l'attenzione alle declinazioni che tale concorso in rapporto all'azione dei pubblici poteri³⁴ abbia ricevuto nella riflessione gius-pubblicistica nel

(bandi, capitolati, lettere di invito ecc.) di un contenuto minimo costituito «almeno» dalle specifiche tecniche e dalle clausole contrattuali contenute nei Criteri Minimi Ambientali. Il che significa che l'obbligo viene legittimamente assolto con l'inserimento negli atti di gara di tali requisiti, ferma restando la possibilità per le stazioni appaltanti di indicare anche ulteriori criteri ambientali.»

³² Come sarebbe agevole a tutta prima arguire laddove si attribuisse valenza dirimente alla circostanza che l'attenzione della dogmatica giuridica, sin dagli albori e, sebbene in misura minore, anche nell'attuale temperie storica si sia indirizzata alla concettualizzazione ed alla ricerca dei fondamenti dei moduli dell'azione svolta nella forma imperativa del provvedimento amministrativo, precipuamente nell'ottica del temperamento della discrezionalità riconosciuta alle pubbliche amministrazioni nella prospettiva della tutela delle posizioni giuridiche attive vantate dai destinatari dell'azione amministrativa. Sul provvedimento amministrativo, la bibliografia è vastissima. Sia, nella presente sede, consentito rinviare ad A.M. Sandulli, *Gli atti amministrativi*, in Id. *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1989, 697 ss., M.S. Giannini, *L'amministrare per provvedimenti*, in Id. *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 219-342, più di recente F. Satta, *Atto amministrativo*, in *Enc.giur.*, IV, Roma, 1988, F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, , 1 ss., E. Casetta, *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig.disc pubbl.*, XII, Torino, 1997, B.G. Mattarella, *Il provvedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattati di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2003, 797 ss., R. Villata e M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017.

³³ Circoscrivendo l'attenzione al tema della presente indagine, è necessario porre in rilievo come taluni orientamenti dottrinari, muovendo dalla qualificazione dell'interesse ambientale alla stregua di interesse pubblico equoordinato, quando non prevalente, rispetto l'interesse pubblico concreto immediatamente correlato all'indizione della procedura ed all'esecuzione della commessa, giungano a valorizzare i profili pubblicistici sottesi all'aggiudicazione della commessa in chiave ambientalmente sostenibile, come tali destinati ad evidenziare una più marcata differenziazione rispetto le negoziazioni inter-private. Valga, per tutti, il riferimento a F. de Leonardis, *I criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, in M.A. Sandulli (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, II, Milano, 2019

³⁴ Per una compiuta ricostruzione in chiave storica dei rapporti tra diritto comune e diritto amministrativo, si vedano M.S. Giannini, *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, in G. Santaniello (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, I, Padova, 1988, B. Sordi e L. Mannori, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, nonché B. Sordi, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocenteschi a confronto*, in *Dir.amm.*, 1995, 485 ss., ove

periodo storico che si colloca a cavaliere tra il XIX ed il XX secolo, nel trapasso dalla concezione privatizzante alla visione pubblicizzante, per comprendere le motivazioni alla base del parziale superamento della ricostruzione in chiave dicotomica dell'attività amministrativa, che sembrerebbe aver costituito un antecedente necessario per dischiudere la via all'utilizzo del contratto in chiave strategica.

Le resistenze all'ascrizione dell'attività contrattuale nel novero dell'attività amministrativa e le ragioni addotte onde corroborare la sottoposizione della prima all'integrale applicazione della disciplina di diritto comune costituivano la risultante dell'adesione ad un approccio ricostruttivo incentrato sull'istituzione di una netta linea di demarcazione tra i settori di attività dei pubblici poteri, costituente un retaggio—pur rappresentandone al contempo un ulteriore sviluppo³⁵— delle classificazioni e delle categorizzazioni concettuali emerse e consolidate con l'affermazione dello Stato assoluto. Queste ultime, muovendo dal riconoscimento di una duplice personalità in capo allo Stato³⁶ conducevano all'inconciliabilità tra l'azione dello Stato come *imperium* e la sottoposizione della persona giuridica all'osservanza dei precetti di diritto comune, predicando l'incompatibilità tra l'utilizzo di strumenti negoziali ed esercizio della pubblica funzione.

Se si eccettua l'abbandono della teoria della duplice personalità, l'elaborazione della quale si discorre ha costituito la base per l'affermazione di linee di pensiero tendenti a valorizzare la compromissione dell'interesse pubblico per effetto dell'istituzione di una relazione paritetica tra la persona giuridica pubblica ed il privato contraente, che si traducevano nella

L'autore si intrattiene anche sui riflessi, in punto di devoluzione del contenzioso al plesso giurisdizionale ordinario od amministrativo, conseguenti all'adozione dell'ottica panprivatistica e/o alla visione pubblicistica. Più di recente, si vedano V. Cerulli Irelli, *Diritto privato e amministrazione pubblica*, Torino, 2008, nonché Id., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2012, B. Sordi, *Verso la grande dicotomia*, in G.A. Benacchio e M. Graziadei (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, Napoli, 2016, 3 ss.

³⁵ Si pensi, in particolare, alla distinzione delle manifestazioni dell'azione dei pubblici poteri nelle c.d. *attività iure imperii* e *iure gestionis*, ben presente nelle speculazioni della dogmatica giuridica italiana ottocentesca ovvero sia nella correlata categorizzazione concettuale, utilizzata dall'Orlando precipuamente nella prospettiva della determinazione delle manifestazioni dell'attività amministrativa atte a ricadere sotto l'impero del diritto pubblico e di quelle, di contro, destinate ad esularne, tra *attività giuridica* ed *attività patrimoniale dello Stato*. Sul punto, sia consentito richiamare le riflessioni, ancor di perdurante interesse, operate, a margine della monumentale costruzione della teorica dei provvedimenti concessori ed autorizzatori da O. Ranelletti *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Introduzione*, in *Giur.it*, 1894, IV, ora in Id. *Scritti giuridici scelti. III. Gli atti amministrativi*, a cura di B. Sordi ed E. Ferrari, Napoli, 1992, coll. 8-11, nonché a V.E. Orlando, *Il sistema del diritto amministrativo*, in Id. *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, 1900, 71 ss.

³⁶ L'una di diritto pubblico, l'altra di diritto civile e, correlativamente scindendo la figura dello Stato da quella del Fisco. Per una compiuta rassegna di tali teoriche ed, in particolare, per l'evidenziazione dei profili differenziali della nozione giuridica di "fisco" nel diritto romano e nella dogmatica giuridica contemporanea, si veda F. Vassalli, *Concetto e natura del fisco*, in *Studi giuridici*, III, 1908, specie 71 ss.

marginalizzazione dell'attività di diritto privato, preordinata al soddisfacimento delle esigenze materiali dell'amministrazione contrattante, riconducibile solo strumentalmente all'esercizio delle funzioni istituzionalmente commesse.

All'adesione a simili modelli ricostruttivi conseguiva la valorizzazione dei soli profili patrimoniali dell'attività, con negazione degli aspetti finalistici dell'operazione negoziale e dell'incidenza sull'attività primariamente volta alla cura degli interessi della collettività³⁷. Gli ostacoli frapposti al riconoscimento della funzionalizzazione dell'attività privatistica³⁸ ed alla presa d'atto dell'immanenza del pubblico interesse³⁹ all'esercizio dell'attività amministrativa- la quale ultima avrebbe potuto, in linea di principio, essere inferita dall'estensione della procedimentalizzazione a tale segmento dell'attività dei pubblici poteri⁴⁰, sono stati diradati dalle costruzioni concettuali affermatesi dalla seconda metà degli anni Trenta del secolo XX, con l'elaborazione di Antonio Amorth⁴¹, precedente tuttora illuminante ove si intenda

³⁷ Sul punto, M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, cit.

³⁸ Interessanti notazioni al riguardo in V. Cerulli Irelli, *Il negozio come strumento di azione amministrativa*, in AA.VV. *Autorità e consenso*, cit., 77 ss.

³⁹ Così, in particolare, E. Casetta, *Attività amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, 1987, 521 ss., ove l'A., nel distinguere le diverse *species* riconducibili al *genus* dell'attività amministrativa, osservava: "Sarebbe inesatto ritenere che l'attività di diritto privato sia da ritenere secondaria o, peggio, residuale rispetto a quella pubblicistica, anche perché, se si guarda al complesso degli enti pubblici, ci si accorge che una parte importante di essi esplica oggi una preponderante attività di diritto privato, disciplinata totalmente dalle norme comuni alle persone giuridiche private, onde l'attività pubblicistica assume un rilievo veramente marginale [...]Ma nel nostro diritto positivo esistono pubbliche amministrazioni, a cominciare da quella dello Stato, nelle quali l'interesse pubblico assume invece un particolare rilievo anche nello svolgimento di attività privatistiche. Si tratta della coesistenza e compresenza parallele di atti o procedimenti pubblicistici con atti e procedimenti privatistici (negoziali), attraverso i quali i motivi di pubblico interesse inerenti al contratto vengono evidenziati non dal contratto medesimo ma, al di fuori di esso, dalla attività pubblicistica diretta alla previsione e predisposizione delle modalità e del contenuto e, via, via, eventualmente, finanche successiva alla conclusione del contratto stesso. Un intreccio che non sembra essere stato studiato finora con sufficiente approfondimento, soprattutto sotto il profilo dell'incidenza dei vizi dell'attività e degli atti di diritto pubblico sulla validità del contratto".

⁴⁰ Sul punto, si veda M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 14.

⁴¹ È noto che l'elaborazione dogmatica dell'autore muovesse dalla valorizzazione dei profili funzionali e, dunque, dalla negazione della valenza scriminante del regime giuridico al fine della tipizzazione e categorizzazione concettuale dell'attività posta in essere dai pubblici poteri. In particolare, la strumentalità dell'attività *al raggiungimento della destinazione fondamentale dell'ente* si traduceva, nella visione dell'autore in un'assimilazione funzionale tra l'attività amministrativa di diritto pubblico e l'attività amministrativa di diritto privato, con giustapposizione rispetto l'attività privata dell'amministrazione, "che non differisce formalmente dall'attività amministrativa di diritto privato, ma se ne distacca invece per la finalità" [essendo] "puramente accessoria rispetto al raggiungimento delle finalità costitutive delle pubbliche amministrazioni [concretandosi] soprattutto nella buona amministrazione del loro patrimonio, del complesso dei beni che esse posseggono a titolo privato. Essa non differisce intrinsecamente da quella che un privato qualsiasi deve svolgere [...] qui la sostanza aderisce pienamente alla forma ed il contenuto e la figura giuridica del negozio non subiscono modificazioni per la circostanza che siano gli enti pubblici a porlo in essere" Sul punto A. Amorth, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, ora in Id, *Scritti giuridici*, I, Milano, 1999, 280 e 281. Diversamente, la strumentalità dell'attività amministrativa di diritto privato alla realizzazioni delle finalità istituzionalmente commesse all'amministrazione agente costituiva la giustificazione dell'assunto della *alternatività* della prima rispetto l'attività svolta secondo le forme e i modelli pubblicistici, sottolineandosi, segnatamente che "Il diritto si palesa [...] quale mezzo mediante il quale le pubbliche amministrazioni debbono procedere allo svolgimento delle proprie attività [...] si può ragionevolmente consentire che, nella coesistenza di un ordinamento giuridico di diritto pubblico amministrativo con l'ordinamento di diritto privato, il procedimento di diritto pubblico non possa che essere

scrutinare la possibilità dell'utilizzo del modulo contrattuale per il perseguimento di politiche ed interessi pubblici trascendenti l'oggetto della commessa. L'approccio ricostruttivo propugnato dall'autore, pur non adombrando il carattere dell'alternatività rispetto all'azione unilaterale, sembra aver gettato le basi per la *reductio ad unitatem* dello statuto dell'attività amministrativa, contribuendo a delineare i caratteri propri dei contratti di appalto pubblico⁴² legittimandone la consacrazione a strumento di azione amministrativa. A tacer d'altro, l'apertura del Legislatore euro-unitario al perseguimento di interessi generali attraverso l'impiego dello strumento contrattuale, accompagnata alla valorizzazione dei benefici derivanti alla collettività dall'esecuzione della commessa sembrerebbero non solo avvalorare il fondamento della tesi, bensì condurlo ad ulteriore sviluppo, estendendo ai settori delle forniture e dei servizi il carattere di inerenza alla realizzazione del pubblico interesse, tendenzialmente riconducibile al solo comparto dei lavori⁴³.

L'affermazione della riconducibilità della contrattualità nell'alveo dell'attività amministrativa non ha sopito l'emersione di ulteriori questioni problematiche e l'evidenziazione dei profili critici conseguenti al riconoscimento del carattere della funzionalizzazione.

È significativo che siano sorte e che continuino a riproporsi controversie in punto di determinazione della nozione di funzionalizzazione⁴⁴ ed alla distinzione dalla funzionalità: da

relativamente vincolante[...]. Qualora un determinato effetto può essere raggiunto anche mediante l'uso del diritto privato, la norma che diversamente ne prescriveva sembra possa venire derogata" op. cit. 316 e, del pari, dell'incidenza sortita dal vincolo funzionale sull'alterazione strutturale e funzionale degli atti posti in essere rispetto le omologhe fattispecie attratte al regime di diritto comune e, precipuamente, delle limitazioni incombenti in capo all'amministrazione in virtù della necessaria aderenza ed attuazione dello scopo, tali da determinare un contratto e spesso un'interferenza fra diritto pubblico e diritto privato, così che nella costruzione di un rapporto che parrebbe dover esser retto unicamente dal diritto privato, si diano all'incontro una serie di atti giuridici diversi con diversa disciplina [...] che poi produce alcune modificazioni o alterazioni nella disciplina giuridica di questa medesima attività, conducendo a considerarla per alcuni versi come attività pubblicistica e quindi sottoponendola alla disciplina a questa specie relativa" op. loc. cit., 343

⁴² Per l'ascrizione del contratto di appalto pubblico nell'alveo della categoria dell'attività amministrativa di diritto privato anche in tempi recenti, sia consentito rinviare a F.P. Pugliese, *Contratto (contratti della pubblica amministrazione)* in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988.

⁴³ Elemento, quest'ultimo, limpidamente evidenziato da S. Vinti, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008, specie 48 ss., ove l'assunto dell'autore è corroborato dal rimando alla tripartizione dell'attività di diritto privato delle pubbliche amministrazioni risalente all'elaborazione dell'Amorth, per una sommaria ricognizione della quale si veda *supra*. In particolare, osserva il Vinti, p. 49, che "Tale diversità è dovuta evidentemente al diverso oggetto dei contratti: l'opera pubblica viene di regola realizzata per l'esercizio di un servizio pubblico, è direttamente utilizzata dalla collettività e per sua natura è destinata a permanere nel tempo [...] Elementi questi che non sono propri dei contratti di appalto di servizi o di forniture, le cui prestazioni sono limitate nel tempo [...] ed hanno per oggetto un'attività che svolta direttamente in favore del committente e solo indirettamente in favore della collettività".

⁴⁴ Con particolare riguardo alla riconducibilità del connotato di funzionalizzazione ai contratti dell'evidenza pubblica, si veda F. Trimarchi Banfi, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir.amm.*, 2004, 661 ss, ove l'autrice ha limpidamente evidenziato come: "[Le] difficoltà applicative che derivano dal collegamento delle speciali procedure di selezione del contraente (che, secondo l'opinione dominante, darebbero luogo ad atti sottoposti al regime degli atti amministrativi) con il

una parte sottolineandosi che la prima si sostanzia nelle deviazioni disciplinari del contratto concluso dalle pubbliche amministrazioni rispetto ai modelli civilistici⁴⁵, dall'altra ricollegandola al principio di legalità dell'azione amministrativa⁴⁶, da parte di altri invocandosi per l'attività contrattuale il secondo attributo, identificato nella «costante riferibilità a tutta l'area dell'azione consensuale delle pubbliche amministrazioni del carattere della pertinenza al perseguimento degli interessi pubblici»⁴⁷ ed inferendosi la distinzione nella maggiore o minore incidenza delle posizioni riconducibili all'esercizio della discrezionalità amministrativa sulla fattispecie⁴⁸. Quale che sia la soluzione da accogliere, due dati sembrano acclarati: da un lato la possibilità di ritenere il contratto pubblico quale mezzo finalizzato, in via mediata, alla cura dell'interesse pubblico, *recte* dei molteplici interessi pubblici via via emergenti nella dimensione sociale ed assurti al rango di interessi meritevoli di giuridica protezione; dall'altro la constatazione che i profili disciplinari pubblicistici condizionanti la formazione della volontà, determinino l'ancoraggio ai precetti improntati al miglior perseguimento dell'interesse pubblico. Quest'ultimo, per quanto esterno al contratto e non incidente sulla causa del contratto⁴⁹, apporta limiti e temperamenti all'autonomia negoziale dell'amministrazione indicente, perimetrando gli spazi della libertà di determinazione della stazione appaltante. Ciò che sortisce effetti sulla modulazione delle istanze di sostenibilità ambientale rispetto agli ulteriori interessi

contratto (soggetto alle regole del codice civile quanto alle condizioni di validità ed efficacia) [...] testimoniano la consapevolezza della distinzione degli ordini concettuali nei quali si ambientano gli atti in questione e della necessità di preservarla. L'individuazione di alcuni passaggi pubblicistici diretti ad assicurare la corrispondenza dell'oggetto del contratto alla cura degli interessi dell'amministrazione, è intesa a garantire il rispetto del vincolo finalistico che è immanente all'azione amministrativa, senza che per questo risulti alterata la struttura dell'atto contrattuale. La necessità di superare la reciproca irriducibilità degli interessi che costituiscono l'oggetto del regolamento contrattuale, sta alla base dell'idea della «evidenza pubblica» come passaggio che conferisce al progetto per la realizzazione del quale si ricorre al contratto, l'attitudine a formare oggetto di regolamento contrattuale: attraverso le formalità disposte per la deliberazione di contrarre, viene assicurata la conformità agli scopi istituzionali».

⁴⁵Sul punto, si cfr. V. Cerulli Irelli, *Il negozio come strumento di azione amministrativa*, cit.

⁴⁶ Sul punto, si veda F.G. Scoca, *Autorità e consenso*

⁴⁷ La citazione è di A. Massera, *I contratti*, cit., 1559.

⁴⁸ A. Massera, *I contratti*, cit., ibidem.

⁴⁹ *Contra* M. Pennasilico, *Sviluppo sostenibile*, cit. specie 1303, ove si osserva: “Comunque sia, il contratto ecologico si differenzia dai consueti paradigmi dei contratti dei consumatori e dei contratti tra imprese, perché l'interesse ambientale penetra e colora la causa del contratto, enfatizzando tanto la convergenza degli interessi dei contraenti all'utilità ambientale, nonostante l'iniziale asimmetria informativa, quanto la doverosità dell'uso razionale delle risorse naturali a vantaggio anche delle generazioni future. Il principio dello sviluppo sostenibile costituisce, così, un parametro di meritevolezza dei contratti ecologici, con la conseguenza che un appalto “verde”, pur presentando una causa lecita, potrebbe essere non meritevole di tutela qualora non sia idoneo a realizzare il concreto interesse ambientale”

pubblici e privati e, mediatamente, sull'operatività dei principi informanti la ponderazione tra quelli, che nel procedimento contrattuale vengano in rilievo.

1.1 La teorizzazione del modello dell'evidenza pubblica e la preminente valorizzazione dell'interesse patrimoniale dell'amministrazione indicente nella legislazione pubblicistica nazionale.

Se il cammino che ha condotto la riflessione dottrinale verso il pieno riconoscimento dell'attributo della funzionalizzazione quale connotato dell'attività posta in essere dai pubblici poteri nelle forme privatistiche si è rivelato irto di ostacoli di ordine ideologico, prima che concettuale, un passo decisivo verso l'affermazione di tale connotato in relazione a talune fattispecie avrebbe potuto essere inferito dall'introduzione di disposizioni delineanti il procedimento di formazione della volontà e l'individuazione del contraente, con affrancamento degli stadi prodromici alla stipulazione dall'impero della disciplina diritto comune e ascrizione all'esercizio della funzione.

Sia sufficiente accennare che anche in una fase anteriore all'entrata in vigore della disciplina c.d. contabilistica, il Legislatore postunitario, nel quadro delle riforme che condussero all'unificazione amministrativa del neonato Regno d'Italia, non avesse mancato di disciplinare partitamente, quanto alla fase esecutiva, il contratto di appalto di opere pubbliche attraverso l'adozione dell'allegato F alla L.20 marzo 1865, n.2248⁵⁰, seguita a pochi anni di distanza dalla successiva L.22 aprile 1869, n. 5026⁵¹, enfatizzando il carattere della destinazione finalistica dell'opera erigenda all'assolvimento di un'attività di pubblico servizio, per poi estendere, con la legislazione successiva, gran parte delle disposizioni *de quibus* anche agli ulteriori negozi, nella prospettiva dell'unificazione disciplinare della contrattualità dei pubblici poteri.

La linearità di tale percorso è stata alterata dall'emersione di profili di ambiguità di fattispecie che, considerate nella relativa singolarità e materialità, non sembrerebbero differire rispetto quelle poste in essere nella dimensione interpretata ma che, in virtù della posizione rivestita dal contraente pubblico ed in dipendenza della funzionalizzazione dell'attività da quest'ultimo

⁵⁰ Sul punto, si cfr. L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F., specie gli artt. 324 ss

⁵¹ Tale aspetto è stato valorizzato da F.P. Pugliese, *Sulla normazione contrattuale pubblica dopo l'unificazione*, in *Quaderni storici*, 1971, vol. VI, 732.

posta in essere, da un lato, accordano rilievo ad elementi che nelle prime risulterebbero destinate a rimanere nel foro interno dell'agente⁵², dall'altro giungono perimetrare i margini di manovra riconosciuti al contraente pubblico, senza tuttavia ridondare in una compressione della generale capacità di agire⁵³.

Non si potrebbe procedere alla ricognizione della legislazione di diritto interno tentando di comprenderne i presupposti giustificativi e di evidenziarne il percorso evolutivo senza accennare alle riflessioni della scienza giuridica. Invero, il definitivo superamento della concezione dell'attività negoziale come alternativa rispetto all'azione svolta nelle forme provvedimentali e la valorizzazione dei profili di funzionalità dell'agire contrattuale, correlati al tentativo di conciliazione tra funzione amministrativa e contratto, paiono largamente tributari di quelle.

Ci si riferisce alle teorizzazioni del Giannini le quali, ponendo l'accento sui profili strutturali della contrattazione ed evidenziando la compresenza di una duplicità di procedimenti⁵⁴, sembrano aver delineato la linea di demarcazione tra gli atti costituenti esercizio della funzione e gli atti deputati a regolare i rapporti tra l'autorità contrattante e il contraente, chiarendo i modi in cui l'interesse pubblico venga in rilievo nel corso della procedura di affidamento. Nell'elaborazione concettuale dell'autore, l'adesione ad una prospettiva ricostruttiva di carattere generale, incentrata sullo studio del modulo procedimentale piuttosto che sulla relativa riconducibilità nell'alveo di una determinata categoria contrattuale⁵⁵, ha

⁵² Sul punto, si veda R. Caranta, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2012, 6

⁵³ Sul punto, si veda M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit.,

⁵⁴ Ciascuno dei quali connotato da una propria natura e da una precipua funzione. In particolare, ad avviso dell'illustre autore, *Diritto amministrativo*, cit. 363 "Il contratto ad evidenza pubblica consta infatti di due procedimenti: l'uno è il procedimento di formazione della volontà contrattuale quale disciplinato, con alcune varianti, dalle norme di diritto privato; l'altro è un procedimento amministrativo che si sviluppa tra l'autorità che intende concludere e/ o ha concluso il contratto (l'autorità contrattante) e l'autorità che su di essa esercita il controllo. In tale procedimento l'autorità contrattante spiega le ragioni di pubblico interesse per le quali vuol addivenire o è addivenuta a quel contratto avente quel certo contenuto, e perché vuol scegliere o sceglie o ha scelto quella controparte; la seconda controlla i giudizi le decisioni e le procedure a cui la prima intende addivenire o è addivenuta" Contra nella più recente elaborazione dogmatica G. Greco, *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2017, predicando l'afferenza dell'evidenza pubblica alla formazione della volontà negoziale dell'amministrazione e dei temperamenti all'autonomia negoziale della prima derivanti dalla natura discrezionale del potere all'uopo esercitato.

⁵⁵ Nota è, al riguardo, la tripartizione gianniana dell'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni nelle tre species dei contratti di diritto comune, dei contratti speciali, nonché dei c.d. contratti ad oggetto pubblico. Mentre in ordine ai primi non assumeva rilevanza alcuna la natura pubblicistica di uno tra i contraenti, relativamente ai secondi la sussistenza di una pubblica amministrazione in qualità di parte del rapporto contrattuale si riverberava sulla disciplina concretamente applicabile, la quale affiancava alle norme codicistiche regole proprie del diritto pubblico, com'è a dirsi, precipuamente, in relazione ai contratti di pubblico appalto. La terza tipologia contrattuale, in passato oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina, attualmente oggetto di scarse indagini, era caratterizzata dall'esistenza di un vincolo tra il modulo contrattuale ed il provvedimento amministrativo, risultava articolata in una ulteriore tripartizione, finalizzata all'emersione delle divergenze sussistenti

consentito di affermare che la modalità di conclusione del contratto non sortisse effetto alcuno sulla natura del negozio concluso⁵⁶. La separazione tra procedimento pubblicistico e procedura negoziale⁵⁷ ha consentito di rimarcare che l'interesse pubblico, pur non alterando l'elemento causale, condiziona l'agire dell'amministrazione. Talché le ragioni di pubblico interesse a fondamento della scelta di addivenire alla stipulazione e i meccanismi di selezione del contraente acquisiscono giuridico rilievo, tanto in punto di scrutinio circa la legittimità dell'operazione negoziale quanto nell'ottica dei temperamenti dell'autonomia del pubblico committente. L'evidenziazione delle ragioni di pubblico interesse che muovano l'amministrazione lascia intendere come detti spazi siano modulati dall'inerenza all'interesse pubblico della scelta contrattuale e dall'osservanza dei principi generali che governano l'attività amministrativa.

Ciò anche⁵⁸ nella prospettiva di tutela delle posizioni giuridiche attive vantate dagli operatori economici eventualmente lese dall'illegittimo esercizio dell'attività contrattuale.

Se i motivi di ordine dogmatico che hanno indotto il Legislatore interno a dettare una singolare disciplina per la conclusione dei contratti da parte delle pubbliche amministrazioni albergano

tra contratti ad oggetto pubblico ausiliari del provvedimento amministrativo e contratti ad oggetto pubblico i quali assolvessero la funzione di caducare la fase provvedimentale, ovvero si ponessero in un rapporto di concorrenza con il provvedimento medesimo, offrendo una regolazione ulteriore rispetto quella contenuta nell'atto conclusivo del procedimento. Tesi, questa, in seguito riproposta da F.P. Pugliese, *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc.giur.*, IX, 1988, 2, ove l'autore, assumendo il contratto di appalto pubblico a modello di riferimento, ha ben evidenziato la possibilità di sovrapposizioni e di intrecci tra le classificazioni fondate sui profili soggettivi della contrattazione, *id est* sul particolare metodo di conclusione

⁵⁶ Sul punto M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., 357 "I contratti ad evidenza pubblica [...] non formano una categoria [...] ma stanno a sé, come categoria contraddistinta da una particolare procedura di conclusione; sono, cioè una categoria procedimentale, che dal punto di vista sostanziale può essere applicata a contratti ordinari, speciali e ad oggetto pubblico". Per una riproposizione della prefata tesi, si confronti F.P. Pugliese, *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc.giur.*, IX, 1988, 2, ove l'autore, assumendo il contratto di appalto pubblico a modello di riferimento, ha ben evidenziato la possibilità di sovrapposizioni e di intrecci tra le classificazioni fondate sui profili soggettivi della contrattazione, *id est* sul particolare metodo di conclusione del contratto e le distinzioni afferenti il profilo oggettivo della disciplina applicabile, *id est* quelle incentrate sulla divisione dei contratti stipulate dalle pubbliche amministrazioni nelle species dei contratti ordinari, di diritto speciale e di diritto pubblico.

⁵⁷ Un profilo, questo, limpidamente ripreso sebbene ulteriormente sviluppato attraverso l'affermazione della strumentalità della serie negoziale rispetto quella provvedimentale e, dunque, l'ascrizione dell'attività contrattuale alla dimensione pubblicistico-provvedimentale, da O. Sepe, *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 991 "La pubblica amministrazione, anche quando agisce nel campo del diritto privato, è di solito tenuta ad esternare il fine che determina e giustifica la sua azione (principio della rilevanza del fine)[...] La realizzazione di qualsivoglia negozio deve essere preceduta da un provvedimento amministrativo (o da analogha manifestazione di volontà promanante dalla pubblica amministrazione) a mezzo della quale essa dichiara quale specifico scopo essa persegue e come intenda realizzarlo. Tale manifestazione di volontà costituisce il presupposto del futuro negozio. Quest'ultimo è perciò in rapporto di strumentalità rispetto al provvedimento, di modo che la pubblica amministrazione, pur ponendo in essere un'attività di diritto privato, attua in realtà un proprio deliberato".

⁵⁸ Benché tale ottica possa dirsi pienamente acquisita soltanto nell'attuale realtà ordinamentale, restando per lo più estranea all'originaria regolazione interna dei contratti di appalto pubblico.

nell'acquisizione della consapevolezza circa la funzionalizzazione dell'attività contrattuale alla cura dell'interesse pubblico, la disamina delle disposizioni legislative e regolamentari adottate si presta ad evidenziare come la conformazione dei procedimenti di scelta della controparte si rivelasse preordinata alla garanzia dell'interesse finanziario⁵⁹ dell'amministrazione indicente, secondo una prospettiva in auge anche in altre esperienze giuridiche europee, prima fra tutte l'esperienza francese, come desumibile dalla teorizzazione della figura del *contrat administratif*⁶⁰. In altri termini, l'operatività dei principi di legalità⁶¹, di imparzialità⁶² e buon andamento⁶³ con l'apposizione di limitazioni più o meno ampie al potere di libera scelta, rinveniva una ragione d'essere nell'esigenza di consentire a valle della stipulazione l'attività di controllo circa la corretta gestione del denaro pubblico⁶⁴ e, a monte, nella necessità di garantire la miglior

⁵⁹ Così O. Sepe, *op. loc. cit.*

⁶⁰ Così M. D'Alberti, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 2, 298, "La storia francese, ad esempio, è analoga. Le norme degli anni Ottanta del secolo XIX e poi degli anni Quaranta del Novecento prevedono diverse procedure competitive per la formazione dei marchés publics, come l'adjudication e l'appel d'offres. Alla base vi è sempre la tutela dell'interesse pubblico: sia l'interesse «finanziario» della pubblica amministrazione, a che il contratto si concluda alle condizioni più economiche con l'impresa meno esigente; sia l'interesse «amministrativo» del soggetto pubblico, a che il contratto sia affidato all'impresa più adatta e più abile ad eseguirlo". Sulla ricostruzione del *contrat administratif* nell'ordinamento francese e per una compiuta disamina delle *clauses exorbitantes*, costituenti un riflesso della posizione non paritaria rivestita dai contraenti, connotanti la disciplina giuridica d'oltralpe, sia consentito rinviare alle risalenti ma, purtuttavia, di perdurante interesse trattazioni di G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif. Théorie générale des contrats de l'administration*, Parigi, 1936, nonché A. Labaudère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Parigi, 1956.

⁶¹ Sul principio di legalità inteso quale principio generale dell'attività amministrativa e sulla sua codificazione nel testo costituzionale, la letteratura giuridica è vastissima. Sul punto, sia consentito rinviare a P. Fois, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 659 ss., A. Massera, M. Mazzamuto, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto*, in M. Renna e F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, specie 24 ss, nonché U. Allegretti, *Amministrazione pubblica e costituzione*, Padova, 1996, F. Merloni, *Amministrazione neutrale e amministrazione imparziale (a proposito dei rapporti fra politica e amministrazione)*, in *Dir. Pubbl.*, 1997, . Con particolare riguardo alla declinazione assunta da tale principio nell'alveo dell'ordinamento giuridico sovranazionale, sia consentito rinviare ad A. Massera, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale*, in *Dir. Amm.i.*, 2005, Id, *I principi generali*, in M.P. Chiti (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, p.g. I, Milano, 2007, F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007.. Il tema dell'estensibilità del principio di legalità all'attività contrattuale posta in essere dalle pubbliche amministrazioni, oggetto di interpretazioni varie e multiforme, è stato ampiamente indagato da C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1982, nonché, più di recente da M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 2008.

⁶² Sul punto, si vedano F. Satta, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989, U. Allegretti, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. Disc. Pubbl. VIII*, Torino, 1993, G. Della Cananea e C. Franchini (a cura di), *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010.

⁶³ Valga per tutti il rinvio a d A. Andreani *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979, più di recente M.R. Spasiano, *Il principio di buon andamento*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *I principi costitutivi*, cit., 117 ss. ed all'ampia bibliografia ivi citata, nonché a A. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, S. Cassese (diretto da) *Trattato di diritto amministrativo*, p.g., II, Milano, 2003

⁶⁴ Sull'esercizio dell'attività di controllo circa la corretta gestione del pubblico denaro e, più in generale, in punto di sindacato sull'operato dell'amministrazione contrattante, si veda M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit.

spesa di pubbliche risorse da parte dell'amministrazione committente, con conseguente affermazione del canone di economicità dell'azione amministrativa nelle forme contrattuali.

Il perseguimento di tale finalità, nell'ottica fatta propria dal Legislatore del primo ventennio del secolo XX, trasmigrata senza significative alterazioni negli interventi di regolazione settoriale sino al volgere al termine degli anni Novanta del medesimo⁶⁵, avrebbe potuto essere raggiunto con l'individuazione del miglior contraente, in grado di offrire all'amministrazione contraente la soluzione che consentisse la realizzazione delle prestazioni dedotte in contratto dietro corrispettivo della minor somma a carico del pubblico committente⁶⁶.

La presa d'atto della preminenza del criterio di economicità consente di comprendere che la tipizzazione dei sistemi di scelta accompagnata dalla predeterminazione di un ordine di

⁶⁵ Sia sufficiente, in tale prospettiva, per avvedersi della perdurante rilevanza attribuita dal Legislatore interno al rispetto del canone di economicità nell'affidamento della commessa por mente a quanto prescritto, in punto di scelta dei criteri di aggiudicazione del contratto di appalto, dall'ormai risalente l. 11 febbraio 1994, n. 109 e ss. mm. ii. Se, da un lato la c.d. legge Merloni ha consentito di realizzare il superamento del "particolarismo" che aveva storicamente connotato la previgente legislazione in materia di pubbliche commesse, predicando l'estensione della disciplina relativa agli appalti di lavori di rilevanza comunitaria agli affidamenti c.d. sotto-soglia, dall'altro, il perseguimento delle istanze di trasparenza in relazione alle procedure di affidamento si è tradotto nell'istituzione di un rapporto di regola ad eccezione nei criteri di selezione delle offerte aggiudicatarie, ignoto agli atti legislativi adottati nel periodo immediatamente antecedente, comprimendo, per questa via, la discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici. In particolare, l'art. 21, l. n. 109/1994, nell'originaria formulazione, poneva quale regola di carattere generale per l'affidamento di contratti di appalto con le procedure dell'asta pubblica e della licitazione privata il ricorso al criterio del prezzo più basso determinato mediante offerta di prezzi unitari ovvero mediante offerta del massimo ribasso sui prezzi posti a base della gara, circoscrivendo l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa alle sole ipotesi di affidamento di contratti di concessione di lavori pubblici mediante licitazione privata e di aggiudicazione di contratti di appalto di lavori mediante appalto-concorso. Soltanto in seguito, per effetto della novella introdotta dall'art. 7, c. 1, lett. m), l. n. 166/2002, il Legislatore interno aveva parzialmente esteso il novero delle fattispecie contrattuali soggette ad aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sia pur circoscrivendo entro angusti spazi l'ambito di operatività della novellata disciplina. Segnatamente, l'opzione per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in ordine ai contratti da aggiudicarsi mediante asta pubblica o licitazione privata postulava il ricorrere di una pluralità di circostanze, afferenti tanto all'importo, quanto all'oggetto dell'aggiudicando contratto. Scalfendo il dogma dell'unificazione disciplinare – il quale potrebbe non senza ragioni essere considerato alla stregua di una caratteristica peculiare delle disposizioni legislative recate dalla c.d. Legge Merloni – il novellato art. 21, c. 1-ter vedeva la propria portata precettiva limitata alla fattispecie contrattuali il cui importo eccedesse la c.d. soglia di rilevanza comunitaria e che si connotassero, al contempo, per l'incidenza delle soluzioni elaborate dal partecipante alla procedura di aggiudicazione in ordine alla concreta conformazione del progetto di opera pubblica. Soluzioni, queste, strenuamente criticate dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella pronuncia *Commissione contro Italia*, in causa C- 247/02 Sul punto, per ulteriori approfondimenti, sia consentito rinviare P De Nictolis e R. De Nictolis, *Il criterio del prezzo più basso e il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis e R. Garofoli, *Trattato sui contratti pubblici*, III, Milano, 2008.

⁶⁶ Per una compiuta ricostruzione della disciplina in materia di affidamento di pubbliche commesse quale riveniente dal R.D. 18 maggio 1923, n. 2440 recante nuove disposizioni sul patrimonio e sulla contabilità dello Stato e dal successivo R.D. 23 maggio 1924, n. 827, si veda A.M. Sandulli, *I lavori pubblici. Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, I, Vicenza, 1967, ora in Id. *Scritti giuridici. IV. Diritto amministrativo*, Napoli, 1992.

preferenza tra i meccanismi di selezione della controparte⁶⁷, la compressione dei margini di scelta in punto di criteri ed elementi di giudizio, caratterizzata dall' ancoraggio alla rispondenza del prezzo offerto alla convenienza dell'amministrazione, rispondessero a opposte logiche, il cui temperamento ha costituito la risultante del recepimento, nell'ordinamento interno, dei principi elaborati dalle istituzioni euro-unitarie.

La potenziale apertura delle procedure di aggiudicazione delle pubbliche commesse conseguente alla preminenza accordata al sistema del pubblico incanto⁶⁸, per quanto nell'applicazione sortisse l'effetto di consentire la partecipazione al confronto competitivo di un nutrito novero di offerenti, non era giustificata dall'intento di assicurare parità di condizioni di accesso al comparto delle pubbliche commesse o di arricchire le dinamiche competitive del mercato. Tali aperture ricevevano in questo una declinazione tale da far trascolorare la realizzazione dell'interesse degli aspiranti al confronto competitivo a riflesso dell'interesse pubblico a che la possibilità di vagliare il più ampio ventaglio di soluzioni tecniche ed economiche si traducesse nella selezione dell'offerta meglio rispondente all'interesse finanziario della collettività amministrata e nell'individuazione del contraente che offrisse maggiori garanzie di solidità finanziaria e di idoneità tecnica in vista della corretta esecuzione della commessa. Ciò che chiaramente si può evincere dal fatto che delle istanze di partecipazione al confronto competitivo sia stata⁶⁹ negata in via più o meno esplicita la giustiziabilità, affermatasi solo in conseguenza dell'adeguamento della disciplina interna alle disposizioni frattanto adottate sul versante europeo.⁷⁰

⁶⁷ Sul punto, sia consentito richiamare alla memoria le disposizioni di cui agli artt. 2, R.d.18 novembre 1924, n. 2440 e 38 e 39 R.d. 23 maggio 1924, n. 827.

⁶⁸ Assurto nella legislazione interna di ascendenza ottocentesca e nei molteplici rimaneggiamenti ad archetipo dei meccanismi di scelta della controparte privata in virtù del riconoscimento dell'astratta idoneità di quest'ultimo a garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e, correlativamente, a prevenire gli eventuali fenomeni di collusione con gli offerenti e di abuso da parte dei pubblici funzionari chiamati a presiedere allo svolgimento delle procedure. Sul punto, ampi riferimenti in M. Lunardelli, *Il procedimento ad evidenza pubblica come strumento di prevenzione della corruzione*, in A. Pertici e M. Trapani (a cura di), *La prevenzione della corruzione. Quadro normativo e strumenti di un sistema in evoluzione. Atti del Convegno di Pisa, 5, ottobre 2018*, Torino, 2019, 163 ss.

⁶⁹ Sia pur in termini e con riguardo a profili diversi in relazione alle procedure di scelta concretamente adottate e, segnatamente con riguardo all'insindacabilità ed al riconoscimento del carattere pienamente discrezionale dei provvedimenti di esclusione adottati dalle amministrazioni contraenti nel corso delle procedure dell'asta pubblica, nonché in punto di impugnabilità delle relative determinazioni.

⁷⁰ La recessività del favor participationis e, correlativamente, la valorizzazione dell'ampliamento della platea dei partecipanti alle procedure contrattuali in funzione di garanzia, per l'amministrazione indicente la procedura, di operare il raffronto tra un maggior numero di offerte, onde selezionare quella meglio rispondente all'interesse pubblico alla minor spendita di pubbliche risorse sembrerebbe essere lucidamente evidenziata dalla circostanza per la quale le molteplici disposizioni normative rimettessero all'insindacabile giudizio dell'amministrazione aggiudicatrice negassero, in linea di principio, la possibilità dell'esperimento di mezzi di tutela delle posizioni giuridiche attive vantate dai partecipanti al confronto competitivo nell'ottica della giustiziabilità dell'interesse participationis.

2. *Il diverso movente alla base della regolazione, sul versante eurounitario, delle procedure di selezione della controparte contrattuale e la tutela della concorrenza come volano per la realizzazione del mercato unico.*

Se la previsione di forme di confronto competitivo nell'originaria disciplina interna rinveniva la propria ragion d'essere nella tutela dell'interesse finanziario l'amministrazione appaltante, un approccio divergente ha connotato la disciplina eurounitaria nel comparto delle pubbliche commesse. Le ragioni di tali alterità sembrerebbero risiedere nella considerazione per la quale la contrattazione da parte dei pubblici poteri e la regolazione delle manifestazioni di quella siano state riguardate da differenti angoli visuali. Da una parte ponendosi l'attenzione sulla strumentalità tra l'attività contrattuale e l'espletamento dei compiti di interesse pubblico commessi alle singole strutture amministrative; dall'altra conferendo rilievo all'incidenza qualitativa e quantitativa del fenomeno contrattuale⁷¹ in relazione alla generalità delle transazioni che si svolgano nell'ambito del mercato, valorizzando la strumentalità della disciplina alla costruzione di un mercato unico ed in libera concorrenza.

Ciò che ha sortito non trascurabili ricadute, nell'elaborazione successiva, in relazione alla definizione di un punto di equilibrio tra le prescrizioni ancor preordinate alla garanzia dell'interesse pubblico ed il rilievo conferito alla tutela delle posizioni giuridiche attive vantate dai partecipanti, la protezione delle quali costituiva meccanismo orientato all'attuazione di quello.

Se si assume tale angolo prospettico, è significativo che, pur nella formale assenza di disposizioni di diritto primario riferibili ai contratti di appalto aggiudicati dalle amministrazioni centrali nazionali e dalle articolazioni territoriali, le prime forme di regolazione settoriale

⁷¹ Ovvero dai soggetti ad essi in via più o meno mediata riconducibili. Sulle ragioni che si pongono alla base di tale estensione, intimamente correlati ai fenomeni di ibridazione tra elementi pubblicistici e profili privatistici in relazione al settore della contrattualistica pubblica, interessanti spunti in M.P. Chiti, *Monismo o dualismo in diritto amministrativo: vero o falso dilemma?*, in *Riv.trim.dir pubbl.* 2000, 301 ss, ove l'autore non ha mancato di porre in rilievo che: "[I]l campo dei contratti amministrativi [è] uno dei settori in cui la disciplina comunitaria è più pervasiva, al fine di non consentire agli Stati membri di porre limitazioni al mercato interno degli appalti, di fondamentale interesse per la comunità. Qua la politica comunitaria si caratterizza per l'eliminazione di tutte le barriere legali che tradizionalmente hanno impedito una vera competizione aperta, privilegiando le imprese nazionali. L'esito di questa politica è dunque per la liberalizzazione del settore ma lo strumento che è necessario a tal fine è una dettagliata disciplina amministrativa circa le procedure di qualificazione e di selezione delle imprese e di aggiudicazione degli appalti, che è obbligatoria non soltanto per le amministrazioni pubbliche, ma per ogni altro soggetto, anche privato, che operi nel settore degli appalti pubblici [...] onde non consentire facili elusioni della disciplina amministrativa per la sola circostanza della natura privata dei soggetti agenti. Se il mercato interno ed i suoi soggetti sono disciplinati dal diritto generale, le procedure di scelta del contraente - a carattere amministrativo - applicheranno in via generale senza eccezioni, anche nei Paesi che non avevano in precedenza un analogo sistema di contratti amministrativi. Sostenere che questo fenomeno rappresenta una contaminazione del diritto privato sul diritto amministrativo o, al contrario, una dilatazione dell'influenza del diritto amministrativo, esprime una idea di contrapposizione tra le branche del diritto (come quella sottesa al dilemma 'dualismo o monismo') che deve lasciare il campo ad una visione integrata delle maggiori branche del diritto".

muovessero dal corpus di principi preordinati alla tutela alle libertà di stabilimento, di circolazione delle merci e di prestazione dei servizi, nonché ai divieti di discriminazione in base alla nazionalità.

È in tale ottica che vanno inquadrare le disposizioni di cui all'ormai risalente dir. 71/304/CEE, le quali, pur con assunzione di un approccio "negativo"⁷² e il riconoscimento di una considerevole libertà di manovra a monte in capo ai legislatori e, a valle, in capo alle amministrazioni aggiudicatrici⁷³, già *in nuce* sembravano preannunciare l'apposizione di vincoli di diversa profondità alla determinazione delle regole e dei criteri procedurali da seguire onde addivenire alla stipulazione.

Limitazioni già evidenziate dalla successiva dir. 71/305/CEE, la quale, con la tipizzazione dei sistemi di scelta del contraente⁷⁴ sembrava gettare le basi per la marginalizzazione delle ipotesi di ricorso a procedure estranee alle logiche del confronto tra una pluralità di operatori ed a perimetrare l'ambito delle valutazioni tecniche rimesse alle stazioni appaltanti in punto di definizione della *lex specialis* di gara^{75 76}, riproponendo secondo logiche sostanzialiste

⁷² Così A. Massera, *I contratti*, cit.

⁷³ Quale desumibile, in primo luogo, dall'omessa delineazione delle procedure da seguire onde addivenire all'aggiudicazione, limitandosi, al contrario ad esprimere la necessità di un adeguamento dei regimi giuridici vigenti nei singoli stati membri, onde consentire l'osservanza di tali precetti nella dimensione ordinamentale interna lasciando inalterati i margini di apprezzamento all'uopo riservati ai legislatori nazionali.

⁷⁴ Ci si riferisce, al riguardo, all'originaria tipizzazione dei sistemi di scelta del contraente attraverso la bipartizione dei meccanismi di selezione della controparte contrattuale privata nelle procedure c.d. aperte e ristrette ed il cui catalogo, mercé l'intervento correttivo apportato dalla successiva Direttiva 89/440 del Consiglio, del 18 luglio 1989, si è arricchito attraverso l'esplicita ricomprensione delle procedure c.d. negoziate, tutte destinate, con riguardo all'ordinamento interno, ad assorbire i sistemi del pubblico incanto, della licitazione privata e dell'appalto concorso. Sul punto, per una capillare ricostruzione delle evoluzioni disciplinari subite dai sistemi di scelta del contraente, sia consentito rinviare a R. De Nictolis e C. Volpe, *Le procedure aperte, ristrette e negoziate*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis e R. Garofoli, *Trattato sui contratti pubblici, III, Le procedure di affidamento e l'aggiudicazione*, Milano, 2008, 1731 ss.

⁷⁵ Il riferimento corre, in particolare, alla delineazione dei margini riconosciuti in capo alle stazioni appaltanti nella definizione delle caratteristiche dell'oggetto del contratto di appalto, quale desumibile dal disposto di cui all'art. 10 della Direttiva 71/305/CE nel testo introdotto dall'art. 1, par. 10, Dir. 89/440/CE.

⁷⁶ Con particolare riguardo alla fase di selezione del contraente, un sia pur timido tentativo di incidenza sull'esercizio del potere di esclusione dei partecipanti alle procedure di aggiudicazione ben potrebbe essere ravvisato nelle disposizioni di cui all'art. 27 della direttiva de qua, nella parte in cui, facoltizzando le amministrazioni aggiudicatrici a richiedere chiarimenti ed integrazioni rispetto la documentazione da questi presentata, sembrerebbero aver gettato le imprescindibili basi per la consacrazione, nel corpus di disposizioni attualmente vigenti, del dovere di soccorso istruttorio, anch'esso preordinato alla garanzia dell'effettività del confronto e della competizione tra gli aspiranti all'aggiudicazione della commessa.

l'interesse pubblico alla selezione di un contraente solvibile e tecnicamente affidabile⁷⁷ e ravvisando nel principio di non discriminazione e nei suoi corollari un limite all'esercizio dei poteri nell'interesse del mercato unico e, di riflesso, degli operatori nel medesimo operanti⁷⁹, modificando *ab imis* l'impostazione che nella predisposizione di norme chiamate a delineare la formazione e la conclusione dei contratti ravvisava esclusivamente uno strumento di tutela delle posizioni delle amministrazioni contraenti.

Cionondimeno, è d'uopo porre in rilievo come a siffatte limitazioni facesse da contraltare l'introduzione di un criterio di selezione dell'offerta aggiudicataria basato sulla valorizzazione dei profili qualitativi della soluzione, idoneo ad incrementare i margini di apprezzamento commessi alle amministrazioni aggiudicatrici, avulso alle logiche imperanti nell'originaria legislazione di diritto nazionale. Ciò che ha sortito l'effetto di inaugurare un modello tendente a circoscrivere la valutazione della convenienza nelle declinazioni economiche in una valutazione globale e complessiva, atta ad orientare la scelta verso la soluzione meglio rispondente all'interesse "finale" concretamente perseguito con l'aggiudicazione della commessa.

La predisposizione di un apparato normativo fondato sull'apposizione di limiti positivi nell'ottica della consacrazione di un corpus normativo destinato ad imporsi sulle disposizioni

⁷⁷ Prova ne sia il riconoscimento della legittimazione alla partecipazione alle procedure di affidamento di entità del tutto estranee alla tradizione giuridica nazionale, quali, in primo luogo, i raggruppamenti e le associazioni temporanee di imprese, previsione, questa, che affonda le proprie radici nell'esigenza di garantire nella massima misura possibile l'apertura del confronto competitivo attraverso il riconoscimento della facoltà, in capo agli aspiranti partecipanti, di associarsi pur senza dover costituire un autonomo soggetto di diritto, onde garantire, da un canto, la soddisfazione degli stringenti requisiti previsti dalla *lex specialis* di gara, di sovente non conseguibili dai singoli operatori economici, specie in relazione a commesse di elevato importo e, dall'altro, la più proficua esecuzione della commessa, quale derivante dall'assunzione in capo al singolo componente riunito di una quota dei lavori o dei servizi dedotti in contratto- che costituisce un diretto riflesso della circostanza per la quale alla costituzione dell'associazione temporanea consegue, in ipotesi di aggiudicazione, la contitolarità in capo ai sodali del rapporto obbligatorio discendente dal contratto- pur salvaguardando le esigenze di tutela dell'interesse pubblico alla corretta esecuzione della commessa attraverso la previsione di un particolare regime per la responsabilità da inadempimento, diversamente graduato in relazione all'articolazione concretamente assunta dal raggruppamento temporaneo. Sui raggruppamenti temporanei di imprese la bibliografia è sterminata. Sia sufficiente, nella presente sede, rinviare a F. Cardarelli, *I raggruppamenti temporanei ed i consorzi ordinari di concorrenti*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis e R. Garofoli, *Trattato sui contratti pubblici*, II, *L'organizzazione. La programmazione. I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, Milano, 2008, 1127 ss., nonché, con particolare riguardo alla ricostruzione in chiave storica dell'emersione della figura sul versante sovranazionale e delle molteplici resistenze incontrate dall'affermazione e consacrazione della medesima nel panorama giuridico di diritto interno, con particolare riguardo alle problematiche connesse alla determinazione della natura giuridica del raggruppamento temporaneo di imprese, si veda D. Bonvicini, *Associazioni temporanee di imprese*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1989. Per una sottolineatura della funzione intimamente procompetitiva dell'istituto dell'ati, R. Mazzamuto, *I raggruppamenti temporanei di imprese tra tutela della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2003, 179 ss.

⁷⁸ Ed invero, è in tale risalente atto di diritto derivato sovranazionale che ha rinvenuto la propria originaria tipizzazione il criterio di selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

⁷⁹ Pur con il limite della mancata codificazione di strumenti di tutela giurisdizionale delle posizioni da questi vantate, elemento, questo, compiutamente raggiunto con l'entrata in vigore della successiva Direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione di appalti pubblici di forniture e di lavori.

di diritto nazionale potenzialmente contrastanti ha costituito una diretta conseguenza della consacrazione del ruolo degli appalti pubblici nell'attuazione delle politiche comunitarie in materia di ricerca, sviluppo ed innovazione tecnologica, rimarcandone limpidamente la funzione proattiva rispetto al conseguimento dei fini istituzionali della Comunità europea.

È significativo che l'adozione delle successive direttive in materia si orientasse nella direzione di un rafforzamento delle prescrizioni destinate ad incidere sull'azione dei legislatori nazionali e, di riflesso, sull'applicazione da parte dei soggetti pubblici che aggiudicassero tali tipologie contrattuali⁸⁰, assumendo come esigenza prioritaria il rafforzamento delle garanzie di trasparenza procedurale, di parità di trattamento e di *favor participationis*. Finalità raggiunte tanto per il tramite dell'estensione dell'ambito di applicazione soggettiva delle medesime direttive⁸¹, quanto con ulteriore riduzione delle ipotesi di ricorso a procedure negoziate⁸², l'introduzione di oneri informativi in capo alle amministrazioni aggiudicatrici⁸³ e, prima ancora, l'apposizione di ulteriori temperamenti alle facoltà di apprezzamento a queste riservate in punto di definizione delle specifiche tecniche⁸⁴ e di valutazione del possesso dei requisiti di qualificazione, senza marginalizzare i profili involgenti le posizioni giuridiche attive vantate dagli operatori economici.

Un decisivo punto di svolta nel percorso verso la più matura valorizzazione di tali istanze e la migliore conformazione delle disposizioni di diritto interno all'osservanza dei precetti sanciti

⁸⁰ Giovi, sul punto, richiamare quanto precisato dalla Commissione delle Comunità Europee in punto di sottoposizione delle procedure contrattuali estensivamente considerate, pur allorché l'importo di queste ultime si attestasse su valori inferiori alle soglie di rilevanza stabilite dalle predette direttive, all'osservanza dei principi fondamentali consacrati dalla legislazione di diritto primario, elementi, questi, ultimi, nel prosieguo ulteriormente sviluppati e confacentemente estesi, nel proprio ambito applicativo, sino a ricomprendere le procedure di aggiudicazione di concessioni di servizi, pur nell'assenza di un'organica disciplina di diritto derivato sovranazionale, dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella nota pronuncia Teleaustria Verlags GmbH e Telefonadress GmbH contro Telekom Austria AGM in causa C- 324/98, che ha costituito un importante precedente in vista della perimetrazione dei margini di apprezzamento commessi alle amministrazioni aggiudicatrici nella selezione del privato concessionario ed, in particolare, in relazione alla concreta modulazione delle regole della gara destinata a soggiacere all'osservanza degli imperativi di non discriminazione e di trasparenza procedurale in favore dei potenziali offerenti.

⁸¹ Attraverso l'attrazione nell'orbita della disciplina dettata sul versante sovra-nazionale dei contratti di appalto adottati dagli enti ascritti alla categoria degli organismi di diritto pubblico. figura giuridica, quest'ultima, la delineazione dei presupposti e dei connotati essenziali della quale sono stati ampiamente evidenziati e chiarificati dall'elaborazione giurisprudenziale successiva, prima fra tutte, la nota Corte di Giustizia delle Comunità Europee, *Agorà srl e Ente Autonomo Fiera di Milano*, in cause riunite C-223/99 e C-260/99. Per una compiuta ricostruzione dell'istituto, nonché per gli elementi di criticità a questo sottesi, valga per tutti il riferimento a F. Cintioli, *"Di interesse generale e non aventi carattere industriale o commerciale": il bisogno o l'attività? Brevi note sull'organismo di diritto pubblico*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche*, Milano, 2004.

⁸² Così l'art. 7, Direttiva 97/37/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori.

⁸³ Si vedano, in particolare gli artt. 11-17 della medesima direttiva, con particolare riguardo all'introduzione di condizioni sempre più stringenti onde legittimare l'opzione delle amministrazioni aggiudicatrici per una compressione dei termini procedurali per la presentazione delle offerte.

⁸⁴ Sul punto, ci cfr. l'art. 10, par. 6, Direttiva 93/37/CEE.

dai Trattati è da ricercarsi nelle evoluzioni successivamente intervenute nel panorama giuridico eurounitario, largamente anticipate nei contenuti e nei criteri ispiratori dalle prese di posizione tanto della Corte di Giustizia, quanto della Commissione europea. Muovendo dall'analisi delle criticità presenti nelle discipline nazionali, le previgenti Dirr. 2004/17/CE e 2004/18/CE, sono giunte a delineare un *corpus* proteso ad elidere la possibilità di distorsioni dell'assetto concorrenziale del mercato, tanto attraverso la consacrazione di inediti istituti⁸⁵ quanto attraverso l'esplicito ancoraggio dei pur non trascurabili margini di flessibilità^{86 87 8889} ai principi di proporzionalità, trasparenza e di parità di trattamento degli operatori, destinati ad operare nella duplice veste di parametro per l'esercizio dell'azione amministrativa e di criterio interpretativo in sede di scrutinio di legittimità. Se ne desume la consacrazione di un modello di regolazione che, benché improntato alla garanzia del più efficiente impiego delle risorse, sembra spostare l'accento verso la valorizzazione degli elementi qualitativi, destinati ad orientare le scelte delle amministrazioni aggiudicatrici in un'ottica di lungo periodo, con difficoltà di conciliazione tra tali opposte tendenze. Se sul piano legislativo la delineazione del

⁸⁵ Si pensi, in primo luogo, all'istituto dell'avvalimento, costituente, per certi versi, una peculiare evoluzione, giacché orientato a condurre alle estreme conseguenze i connotati intrinseci di quest'ultimo, del richiamato modello dell'associazione temporanea di imprese. Anticipandosi fin d'ora che su tale istituto ci si intratterà nel prosieguo della presente trattazione e, precisamente, allorché si scrutinerà la possibilità per gli aspiranti aggiudicatari di soddisfare il possesso dei requisiti di qualificazione mediamente attinenti il possesso di sistemi di gestione ambientale, giovi per il momento rammentare come esso rinvenga la propria ragion d'essere nell'esigenza di massimizzazione delle istanze di partecipazione al confronto competitivo, consentendo agli aspiranti contraenti di soddisfare il possesso dei requisiti di capacità tecnica e, soprattutto, economico-finanziaria previsti dalla lex specialis di gara ricorrendo ad un soggetto terzo, a quelli legato da vincoli negoziali, che di tali referenze sia provvisto ma che, a differenza, del modello dell'associazione temporanea, si caratterizza per la dissociazione tra il soggetto chiamato ad assumere l'impegno contrattuale e, dunque, la realizzazione delle prestazioni con le risorse monetarie e materiali richieste per la corretta esecuzione ed il soggetto che sia effettivamente titolare dei requisiti oggetto di avvalimento, per definizione destinato a rimanere estraneo all'aggiudicazione della commessa ed ai rapporti con la stazione appaltante. Per una compiuta ricostruzione dell'istituto, con particolare riguardo agli elementi di criticità potenzialmente conseguenti in relazione alla tutela dell'interesse pubblico di cui è latrice l'amministrazione aggiudicatrice, sia consentito rinviare a C. Zucchelli, *Avvalimento dei requisiti da altre imprese nelle procedure ad evidenza pubblica*, 2006, in www.giustizia-amministrativa.it, nonché Id, *L'avvalimento*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis e R. Garofoli, *Trattato sui contratti pubblici, II, L'organizzazione. La programmazione. I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, Milano, 2008, 1490 ss., S. Cacace, *L'idoneità degli operatori economici alla esecuzione di lavori pubblici*, 2006, in www.giustizia-amministrativa.it, G.P. Cirillo, *L'avvalimento: sintesi tra subprocedimento e negozio giuridico*, in www.giustizia-amministrativa.it, F. Cintioli, *L'avvalimento tra principi di diritto comunitario e disciplina dei contratti pubblici*, in *Riv.it.dir.pubbl.comunitario*, 2011, 1421ss.

⁸⁶ Ci si riferisce, in particolare, alla tipizzazione della procedura di aggiudicazione del c.d. dialogo competitivo il cui ambito di applicazione, nella disciplina originariamente dettata dalle previgenti direttive, veniva ad essere significativamente circoscritto alle ipotesi nelle quali gli appalti da aggiudicare e, in generale, le prestazioni nei medesimi dedotte si caratterizzassero per una particolare complessità, tale da non consentire la compiuta definizione dell'oggetto dell'affidando contratto per causa non imputabile all'amministrazione aggiudicatrice, con una modulazione dei relativi segmenti procedurali sul modello codificato per l'esperimento delle procedure ristrette. Per una compiuta ricostruzione dell'istituto si vedano R. Invernizzi, *Il dialogo competitivo e il dialogo tecnico*, in M.A. Sandulli, *Trattato sui contratti pubblici, III. Le procedure di affidamento e l'aggiudicazione*, Milano, 2008, 1905 ss, nonché, più di recente e con riguardo alla generalità degli istituti e dei meccanismi procedurali di derivazione eurounitaria fondati sulla cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici ed operatori economici nella definizione del regolamento e dei contenuti dello stipulando contratto, F. Gambardella, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Torino, 2016.

⁸⁷ In relazione alla definizione dei requisiti di partecipazione, sia consentito richiamare il *considerando n. 39*, in una all'art. 45, Direttiva 2004/18/UE

⁸⁸ Quanto ai limiti nella definizione dei requisiti di capacità tecnica, si veda l'art. 47 della medesima direttiva.

⁸⁹ Per la perimetrazione dell'ambito di autonomia concernente l'imposizione di requisiti di capacità finanziaria, sia consentito richiamare alla memoria il disposto di cui all'art. 48, Direttiva 2004/18/CE.

punto di equilibrio tra tali istanze può ritenersi efficacemente raggiunto, altrettanto non sembrerebbe a dirsi sul piano dell'interpretazione e dell'applicazione delle norme, il che induce a ritenere quanto mai opportuna una analisi sulla natura dei poteri esercitati dalle amministrazioni aggiudicatrici e sulla modulazione del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni dalla prima compiute. La risoluzione di tali frizioni postula il ripercorrere il percorso che ha accompagnato l'emersione dell'interesse ambientale nella legislazione in materia di pubbliche commesse.

3. L'affermazione, in via interpretativa, dell'interesse ambientale nelle politiche ed azioni del legislatore euro-unitario nel comparto delle pubbliche commesse: la diretta derivazione dai principi di integrazione e di sviluppo sostenibile

Se la legislazione di diritto derivato si è caratterizzata per la codificazione di prescrizioni atte a garantire la realizzazione delle istanze pro-competitive, l'estensione del campo di azione delle politiche sovranazionali e l'istituzione di una compenetrazione tra i settori di intervento attraverso l'estensione del ventaglio dei beni giuridici oggetto di indiretta protezione ha incrinato tale immagine, evidenziando la complessità procedurale e funzionale della contrattazione dei pubblici poteri.

Sul piano generale dell'affermazione dell'interesse ambientale, tale graduale evoluzione, caratterizzata dal trapasso dall'adozione di misure legislative di differente intensità⁹⁰ e dal

⁹⁰Non sarebbe questa la sede per ripercorrere con dovizia di particolari l'evoluzione della legislazione sovranazionale in materia ambientale ed il difficile percorso culminato nel riconoscimento del carattere trasversale e, pertanto, connaturalmente pervasivo dell'interesse ambientale rispetto la generalità delle politiche ed azioni intraprese dalle Istituzioni sovranazionali, quale canonizzato dalla codificazione, nel corpo dell'art. 130 R dell'originario Trattato Comunitario— giusta gli interventi conseguenti all'adozione dell'Atto Unico Europeo,—né, allo stesso tempo per menzionare la pluralità di disposizioni di diritto derivato via via intervenute a regolare diversi aspetti o, meglio, diverse componenti dell'unitario bene ambientale. Rinviossi, per esaustivi approfondimenti a G. Cocco, A. Marzanati e R. Pupilella, *Ambiente. Il sistema organizzativo e le fonti*, in M.P. Chiti (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, O. Porchia, *Le politiche dell'Unione Europea in materia ambientale*, nonché R. Agnoletti, *I settori delle discipline ambientali*, entrambi in M.A. Sandulli e R. Ferrara, *Trattato di diritto dell'ambiente*, I, Milano, 2012, nonché R. Rota, *Profili di diritto comunitario dell'ambiente*, in P. Dell'Anno ed E. Picozza, *Trattato di diritto dell'ambiente*, I, Padova, 2012, 151 ss., sia sufficiente nella presente sede porre in rilievo come i pur molteplici interventi del Legislatore sovranazionale in materia di rifiuti, tutela dell'ecosistema e delle biodiversità via via si caratterizzassero per l'adesione ad una prospettiva di tutela frammentata ed isolatamente considerata, costituente, dal canto proprio, un più specifico riflesso dell'originaria interpretazione propria della pressoché generalità delle tradizioni giuridiche nazionali in chiave composita della stessa nozione di ambiente, connotata dalla valorizzazione delle singole componenti o meglio dei singoli beni costituenti espressione o porzione dell'ambiente medesimo. Cionondimeno, taluni circoscritti interventi del Legislatore eurounitario, si sono connotati sin dall'origine per una sia pur modesta visione integrata dell'integrata dell'interesse ambientale, quanto meno in relazione ai profili involgenti le conseguenze derivanti dalla realizzazione di taluni rilevanti interventi sullo stato di conservazione delle matrici ambientali. Ci si riferisce, essenzialmente ai procedimenti di valutazione ambientale strategica di piani e di atti amministrativi generali a contenuto programmatico e di valutazione di impatto ambientale di impianti e, più in generale, di interventi infrastrutturali delineati dal Legislatore eurounitario sin dai primi anni

ricorso a strumenti dal carattere programmatico⁹¹ eminentemente settoriali, sino alla consacrazione in seno al diritto primario, sembrerebbe essersi riverberata significativamente tanto sul piano della legislazione nazionale, quanto in relazione alle attività di interpretazione e applicazione delle norme.

Ciò che è evidenziato dall'assunzione dei principi di integrazione e dello sviluppo sostenibile alla stregua— se non di principi generali del diritto— di principi generali della materia ambientale, incidenti sul *modus procedendi* delle amministrazioni nazionali, specie ove si considerino i riflessi conseguenti alla possibilità di un utilizzo di questi in chiave integrativa delle disposizioni puntuali⁹².

Un mutamento di paradigma al quale sembra conseguita l'adesione ad una visione unitaria ed integrata del corpus normativo europeo, che ha determinato suggestioni sul versante giurisprudenziale, ove si è assistito al consolidamento di orientamenti che, muovendo

Ottanta dello scorso secolo, come chiaramente desumibile dalla ormai risalente dir. 85/337/CE del Consiglio del 27 giugno 1985 concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati, più volte rimaneggiata e da ultimo sostituita dalla dir. 2011/92/UE, come modificata dalla dir. 2014/52/UE, relativamente alle quali ben agevolmente sembrerebbe poter essere arguito un indizio probante in relazione alla compiuta comprensione delle interrelazioni tra esigenze di tutela ambientale e sviluppo e conduzione delle attività di politica economica ed industriale, in primo luogo relativamente alla realizzazione di opere infrastrutturali all'esito della aggiudicazione di pubblici appalti. È, al riguardo, significativa la circostanza per la quale il primo ingresso di considerazioni di carattere ambientale in relazione al settore della contrattualistica pubblica rappresentasse una diretta conseguenza della necessità dell'espletamento di un preventivo procedimento concertativo, destinato a coinvolgere una pluralità di amministrazioni, ciascuna tra le quali mossa e istituzionalmente preordinata al perseguimento di interessi pubblici tra sé antagonisti, finalizzato alla valutazione dell'eventuale incidenza negativa sortita dalla realizzazione dell'opera pubblica sullo stato di preservazione delle matrici ambientali e, dunque, ad orientare la scelta di procedere all'indizione della procedura, pur essendo destinato l'interesse ambientale a rilevare esclusivamente in relazione alla prodromica fase di programmazione dell'opera, senza tuttavia riverberarsi sull'articolazione della *lex specialis* di gara, né, soprattutto, in relazione alla determinazione del contenuto contrattuale. La bibliografia in materia di VIA è vastissima. Sia, al riguardo, consentito rinviare ad A. Milone, *Le valutazioni ambientali*, in R. Ferrara e M.A. Sandulli (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente, II. Principi e discipline generali dei procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2014, 135 ss ed all'ampio corredo bibliografico,

⁹¹ Ci si riferisce, in tale prospettiva, ai sette programmi d'azione in materia ambientale adottati sin dai primi anni Settanta dello scorso secolo dall'allora Comunità Economica Europea e le cui linee di fondo sono state successivamente trasfuse nella legislazione primaria o secondaria: significativa, al riguardo, appare la circostanza per la quale, pur nel permanere di incertezze circa la determinazione del titolo di legittimazione della legislazione eurounitaria in materia ambientale, l'ormai risalente Primo Programma d'Azione avesse già in nuce consacrato il principio di precauzione, successivamente assunto al ruolo di principio guida e di criterio informatore della generalità delle politiche comunitarie nel settore ambientale, per poi approdare, sino al Settimo programma d'azione, alla delineazione delle strategie da intraprendere per la compiuta attuazione di condizioni di sviluppo sostenibile. Per una compiuta ricostruzione degli obiettivi e dei contenuti di tali linee programmatiche, si veda S. Cassese (a cura di) *Diritto ambientale comunitario*, Milano, 1995, nonché, più di recente, G. Cocco, A. Marzanati e R. Pupilella, *Ambiente. Il sistema organizzativo e le fonti*, in M.P. Chiti (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit.

⁹² Con particolare riguardo all'attività amministrativa generalmente considerata, l'incidenza potenzialmente sortita dall'affermazione di tali istanze, senza soffermarsi partitamente sui principi del diritto ambientale ma traguardando in via omnicomprensiva i principi all'uopo formulati nel versante eurounitario, com'è a dirsi esemplificativamente per la consacrazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa e dalla loro conseguente ricomprensione nell'ambito dei principi generali del diritto europeo, si apprezza con singolare chiarezza ove si ponga mente alla circostanza per la quale tali precetti, per espresso disposto legislativo, vengano ormai ad ammantare ed a conformare in maniera significativa qualsivoglia manifestazione dell'azione dei pubblici poteri, contribuendo ad orientare e, per certi versi, a perimetrare l'esercizio dei poteri discrezionali: sia sufficiente, in tale prospettiva, richiamare quanto disposto ex art. 1, L. 07 agosto 1990, n. 241. Sul punto, si veda F.de Leonardis, *Principi generali dell'attività amministrativa*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016. Sulla valenza dei principi in funzione interpretativa ed integrativa delle norme di diritto amministrativo, M. D'Alberti, *Diritto amministrativo e principi generali*, in Id (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, 2010, 67 ss.

dall'esegesi delle disposizioni di diritto derivato atte a legittimare la centralità di profili ed elementi trascendenti la dimensione economico-patrimoniale, hanno contribuito ad attenuare la rigidità della disciplina di settore, con la conseguenza di predicare la legittimità di clausole capitolari che, in via indiretta, integrassero la contrattualistica pubblica nel contesto degli obiettivi tradizionalmente perseguiti dalle amministrazioni nazionali.

Tendenze ulteriormente sviluppate nei successivi interventi di disciplina del settore e correlati alla ricomprensione del public procurement nelle strategie orientate alla realizzazione di condizioni di sviluppo sostenibile e che sembrano preludere alla consacrazione di un diverso sistema economico con la transizione verso il modello dell'economia circolare⁹³.

La significatività di tali prese di posizione, più che nelle affermazioni di principio, sembrerebbe cogliersi nella definizione dei limiti ai quali l'utilizzo del modello contrattuale in chiave regolatoria soggiaccia.

L'aver evidenziato le frizioni tra l'utilizzo in chiave strategica della procedura e la tutela delle posizioni vantate dagli operatori economici pare costituire un indice delle difficoltà correlate al bilanciamento degli interessi pubblici ulteriori a quello finale all'esecuzione con gli imperativi di apertura concorrenziale del mercato dei pubblici affidamenti, compromessi dal riconoscimento di una posizione di indiscriminata primazia a criteri di natura non economica, idonei ad incrementare i margini di valutazione commessi, ridimensionando la meccanicità del procedimento di selezione del contraente.

Appare indicativo che l'affrancamento da una visione incentrata sull'assunzione dell'elemento economico a criterio scriminante al fine dell'individuazione dell'aggiudicatario, per privilegiare la soddisfazione di ulteriori esigenze, si sia connotato per la gradualità, atta a denotare la patente esistenza di zone grigie. Se è pur vero che taluni indici circa il riconoscimento della legittimità di clausole in tale direzione orientate si rinvengono in alcune tra le più risalenti prese di posizione della Corte di Giustizia,⁹⁴ è necessario evidenziare come residuassero incertezze in merito alla legittimità delle variabili ambientali in punto di valutazione dell'idoneità dell'offerta.

⁹³ Posizione, questa, chiaramente espressa da M. Cocconi, *La regolazione dell'economia circolare*, Milano, 2020, ove l'autrice, nel richiamarsi alle esperienze all'uopo intervenute nel versante nord-americano e nel contesto giuridico europeo, oltre ad aver inferito l'affrancamento della *blue economy* al settore della tutela ambientale, ricomprendendolo nel più ampio segmento della politica industriale, ha additato nel *public procurement* il precipuo meccanismo di intervento pubblico preordinato all'attuazione del nuovo modello di sviluppo economico globale.

⁹⁴ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 20 settembre 1988, *Gebroeders Bentjens BV contro Regno dei Paesi Bassi*, in causa C-31/87.

Se un decisivo passo verso la consacrazione delle istanze ambientali e sociali al rango di interessi pubblici da valutare e contemperare nel corso delle procedure di aggiudicazione deve essere ravvisato nell'ormai risalente Libro verde sugli appalti pubblici nell'Unione Europea, è opportuno rilevare come l'affermazione della cedevolezza del canone dell'economicità incontrasse resistenze.

Ed invero, ad affermazioni piuttosto nette e limpide circa il riconoscimento della facoltà in capo alle amministrazioni aggiudicatrici di modulare l'oggetto⁹⁵, la definizione delle specifiche tecniche, i requisiti di qualificazione in chiave ecologicamente orientata, anche nei successivi interventi interpretativi della Commissione⁹⁶ si giustapponevano timide aperture verso l'integrazione degli aspetti ambientali tra i criteri e sub-criteri valutabili per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa^{97 98}, con primazia della realizzazione del *best value for money*, rispetto alla pur consentita valorizzazione delle istanze di salvaguardia ambientale.

⁹⁵ Sul punto, Commissione Europea, Comunicazione 4 luglio 2001. N. 274, *Il diritto degli appalti pubblici e la possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici*, "E' soprattutto nella fase iniziale della procedura di aggiudicazione di un pubblico appalto, ossia quando si decide dell'oggetto dell'appalto stesso, che si aprono possibilità di tener conto delle esigenze di tutela dell'ambiente. Si tratta di decisioni cui non si applicano le

norme delle direttive sugli appalti pubblici, ma per le quali valgono i principi, sanciti dal trattato, della libertà di circolazione delle merci e dei servizi, della non discriminazione e della proporzionalità." In dottrina, sulla tendenziale assenza di limiti posti dall'osservanza delle disposizioni di principio sancite dal diritto primario in relazione alla definizione dell'oggetto del contratto, con particolare riguardo ai limiti concernenti l'inserzione di considerazioni inerenti le politiche sociali ed ambientali, soprattutto nella prospettiva del rinvenimento della linea di demarcazione tra l'attività contrattuale posta in essere da un'amministrazione nazionale nella veste di acquirente che operi nel libero mercato e l'attività atta ad assumere valenza regolatoria, si cfr. S. Arrowsmith, P. Kunzlik (eds), *Social and environmental policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*, Oxford, 2009, specie 25 e 26, "We argue that decisions on whether to make a purchase and what to purchase should not generally be treated as hindrances to trade, even when they are discriminatory in effect, a position we consider consistent with the case law. We call these decisions 'excluded buying decisions'. This argument is based on practical and constitutional concerns relating to judicial scrutiny at EC level of these decisions, which distinguish them in our opinion from certain measures of a more regulatory nature. In this instance, a distinction between certain activity of the government as a 'buyer' and its other procurement activity, including activity as a regulator, is used to argue for a lower degree of scrutiny than is applied to many governmental decisions affecting the single market. However[...] it is not necessarily appropriate to characterise this distinction as one between 'government as regulator' and 'government as purchaser': certain decisions that in general language and for other legal purposes (including under the directives) could be labelled as 'purchasing' decisions probably are (and should be) subject to justification requirements, because of their significance for trade, notably those concerning workforce".

⁹⁶ Si cfr., sul punto, Commissione Europea, *Il diritto degli appalti pubblici e la possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale*, cit.

⁹⁷ Si cfr. Commissione Europea, *Libro verde. Gli appalti pubblici nell'Unione Europea. Spunti di riflessione per il futuro*, punto 3.23, "la pratica dimostra che molte amministrazioni aggiudicatrici continuano a prendere in considerazione, nella fase di aggiudicazione, elementi attinenti ai criteri di selezione, con la conseguenza che a volte succede che un appalto non viene attribuito all'offerta che sembra la migliore in relazione all'appalto stesso, bensì all'offerta presentata dal candidato che ha maggiore esperienza o più peso finanziario degli altri. Problemi analoghi si presentano quando gli organismi acquirenti, talvolta in base a disposizioni nazionali non conformi al diritto comunitario, applicano criteri di aggiudicazione fondati su elementi assolutamente estranei a quelli previsti dalle direttive e, pertanto, inaccettabili. I casi in cui i criteri di aggiudicazione si basano, senza molte precisazioni, su aspetti regionali, sociali o ambientali consentono di illustrare il problema in causa"

⁹⁸ Si cfr. Commissione Europea, *Libro verde*, cit. punto 5.51 "In quarto luogo, nella fase di aggiudicazione degli appalti, gli elementi ambientali potrebbero svolgere un ruolo nell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ma soltanto nel caso in cui il riferimento a tali elementi permetta di misurare un vantaggio economico, specifico alla prestazione oggetto dell'appalto, a beneficio diretto dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore. Per gli appalti inferiori alle soglie di applicazione delle direttive, gli elementi ambientali possono costituire un criterio di aggiudicazione a condizione che non siano discriminatori, bensì validi per tutti gli offerenti comunitari sulla base del principio del mutuo riconoscimento.", nonché Id Comunicazione COM (2001) 274, punto 3.1. "Le direttive offrono alcuni esempi dei criteri che possono essere applicati per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa. Altri criteri sono possibili. In linea generale, le direttive impongono due condizioni per quanto riguarda i criteri da applicare per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa. In primo luogo, deve essere rispettato il principio della non discriminazione; in secondo luogo, i criteri applicati devono procurare un vantaggio economico all'ente aggiudicatore. Come è stato confermato dalla Corte di giustizia europea, l'obiettivo delle direttive sugli appalti pubblici è di evitare il rischio che nell'aggiudicazione degli appalti sia data la preferenza ad offerenti o candidati

La ricomposizione di tale nodo problematico, nella direzione dell'instaurazione di una relazione di sostanziale equiordinazione tra la garanzia dell'economicità nell'esecuzione della commessa e le istanze di preservazione delle risorse naturali è da ravvisarsi nelle statuizioni rese dalla Corte di Giustizia nel leading case *Concordia Bus Finland oy Ab*. Oltre che in relazione alla *res controversa*, la pronuncia appare significativa dal momento che l'iter logico seguito dal giudicante è stato ancorato alla valorizzazione del principio di integrazione⁹⁹ della tutela

nazionali e che considerazioni diverse da quelle economiche possano determinare le scelte di enti finanziati o controllati dallo Stato, amministrazioni regionali o locali o altri enti di diritto pubblico. Le considerazioni economiche possono comprendere anche aspetti attinenti alla protezione dell'ambiente, ad esempio il consumo di energia di un prodotto. Tutti i criteri impiegati per valutare le offerte devono, come quelli espressamente citati, riguardare la natura dei lavori da eseguire o il modo in cui sono eseguiti. I criteri applicati devono permettere all'ente aggiudicatore di comparare obiettivamente le diverse offerte e di accettare quella più vantaggiosa sulla base di criteri obiettivi, come quelli enumerati a titolo d'esempio nelle direttive. Questa valutazione ha lo scopo di determinare quale offerta soddisfa meglio le necessità dell'ente aggiudicatore. La funzione dei criteri di aggiudicazione è dunque quella di permettere la valutazione della qualità intrinseca delle offerte. Questo implica che i criteri applicati siano in rapporto con l'oggetto dell'appalto. Le considerazioni ambientali non sono esplicitamente menzionate nell'attuale normativa relativa agli appalti; tuttavia, l'articolo sui criteri d'aggiudicazione deve essere interpretato nel senso che le considerazioni ambientali possono dar luogo alla definizione di criteri d'aggiudicazione specifici. La "innocuità ambientale" di un prodotto, senza ulteriori specificazioni, in quanto tale non è misurabile e non comporta necessariamente un vantaggio economico per gli enti aggiudicatori. Tuttavia, questi ultimi possono tener conto della "innocuità ambientale" di un prodotto o di un servizio, ad esempio del consumo di risorse naturali, "traducendo" tale obiettivo ambientale in criteri specifici, relativi ai prodotti ed economicamente misurabili, fissando il requisito di un tasso di consumo energetico. Nella maggior parte dei casi tali criteri si riferiscono alla qualità o alle caratteristiche del prodotto o all'esecuzione di lavori o servizi (ossia alla qualità o al valore tecnico, menzionati tra i criteri d'aggiudicazione). Gli aspetti ambientali relativi ad un prodotto o un servizio, quindi, sarebbero considerati alla stessa stregua delle caratteristiche funzionali ed estetiche, criteri che sono esplicitamente elencati nelle direttive sugli appalti pubblici, ai fini della valutazione degli elementi misurabili in termini economici. La questione che si pone è se il concetto di "offerta economicamente più vantaggiosa" implica che ciascun criterio d'aggiudicazione debba consistere in un vantaggio economico diretto per l'ente aggiudicatore, o che ciascun criterio d'aggiudicazione debba essere misurabile in termini economici, senza che necessariamente comporti per l'ente aggiudicatore, nell'appalto in questione, un vantaggio economico diretto".

⁹⁹ Il principio di integrazione dell'interesse ambientale— il quale costituisce il principale strumento giuridico preordinato alla promozione ed all'attuazione di condizioni di sviluppo sostenibile, come testimoniato dalla medesima formulazione letterale della disposizione di cui all'art. 11 TFUE, che sembrerebbe ricomprendere, quasi a voler istituire tra essi un'endiadi, i due principi, in particolare ammantando il primo di valenza strumentale rispetto l'implementazione di questo—, come noto, non era originariamente richiamato dall' impianto dei Trattati di Roma. Tale precetto che, seguendo linee che hanno caratterizzato la formazione del corpus del diritto ambientale sovranazionale, si è affermato sulla scorta delle elaborazioni all'uopo registrate nel panorama giuridico internazionale— ove si è posta in rilievo l'esigenza di una matura valorizzazione degli interessi ambientali nei diversi processi decisionali, tanto sul piano istituzionale, quanto sul piano giuridico-politico— rinviene il proprio nucleo fondante nell'istituzione di una peculiare regola di azione, atta a conformare il modus agendi delle istituzioni sovranazionali, segnatamente ancorandone le modalità di azione all'infedeltabile ricomprensione delle esigenze connesse alla tutela ambientale, *recte* al compimento di una preventiva attività di valutazione delle interferenze e, correlativamente, delle conseguenze, intese nell'accezione di determinazione degli impatti, potenzialmente sortite dall'adozione di misure legislative ed amministrative sulle matrici ambientali nell'ottica dell'adozione di misure compatibili con il perseguimento degli obiettivi di preservazione delle risorse e di miglioramento della qualità ambientale, sortendo, non trascurabili effetti, in via riflessa e mediata, sull'operato delle amministrazioni nazionali, con particolare riguardo tanto alle manifestazioni dell'attività legislativa, quanto dell'attività amministrativa poste in essere in attuazione della legislazione di diritto derivato sovranazionale e rivenienti un non trascurabile limite nell'osservanza dei principi generali consacrati dalla legislazione primaria. Collocandosi in tale ordine di idee, la significatività ed, al contempo, l'acquisizione di una posizione di sempre crescente centralità da parte del principio de quo, giunto ad essere considerato la chiave di volta sulla quale si fonda l'impianto delle politiche sovranazionali nel settore ambientale ma progressivamente destinato a trascendere tali angusti confini, sembrerebbe essere limpidamente testimoniata da due ordini di circostanze. Se, da un canto, le implicazioni sottese all'originaria tipizzazione del principio de quo in seno all'Atto Unico Europeo e nei molteplici rimaneggiamenti dai quali il diritto primario sovranazionale è stato interessato nella fase storica antecedente la sottoscrizione e l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, per quanto indiscutibilmente rilevanti— giacché, in linea di principio idonee a testimoniare dell'erosione dell'assoluta primazia degli obiettivi afferenti alla sfera economica in relazione alle misure all'uopo adottate sul versante eurounitario—finivano con il risolversi nell'introduzione di un vincolo in capo alle Istituzioni Eurounitarie, chiamate a bilanciare e contemperare le esigenze connesse alla protezione ambientale con gli ulteriori interessi pubblici intercettanti l'esercizio del potere legislativo, incidendo sulle modalità di programmazione e sulla a delineazione dei contenuti delle politiche da attuare e costituendo, del pari, un fattore di legittimazione all'introduzione di misure per la protezione ambientale in contesti ed in relazione a fattispecie eccedenti il ristretto ambito delle politiche ambientali di settore, le novelle da ultimo apportate ai Trattati istitutivi, attraverso la ricomprensione dei principi dello sviluppo sostenibile e dell'integrazione ambientale nell'alveo degli obiettivi fondanti e legittimanti l'azione delle Istituzioni eurounitarie, in posizione quordinata rispetto l'aspirazione alla promozione di condizioni di sviluppo economico, sembrerebbe in linea di principio denotare il rafforzamento dei vincoli su quelle incumbenti ed, al contempo, legittimare interpretazioni del dato normativo orientate alla protezione

ambientale, adombrandone una potenziale vincolatività anche nei confronti delle strutture amministrative¹⁰⁰. Ciò che denota l'evoluzione della tutela ambientale da ordinaria materia oggetto di intervento da parte del legislatore eurounitario¹⁰¹, al ruolo di criterio ispiratore delle politiche euro-unitarie¹⁰², assunto al rango di obiettivo prioritario, se non di principio generale dell'ordinamento¹⁰³ e che, a dispetto della natura programmatica¹⁰⁴, orienta l'interpretazione delle disposizioni che pur abbiano rilievo economico, consentendone una rilettura in chiave di strumento per il perseguimento di istanze di sviluppo sostenibile.

La relazione di dipendenza intercorrente tra il riconoscimento della legittimità della considerazione di criteri ed elementi privi di un'immediata valenza economica ed il principio

ambientale, purché non ridondanti nell'irragionevole e sproporzionata compressione degli ulteriori interessi meritevoli di tutela con quella variamente destinati a relazionarsi. Sotto altro profilo ed in misura per certi versi ancor più significativa, è d'uopo porre in rilievo come nell'elaborazione giurisprudenziale le implicazioni sortite da tale precetto, sebbene non richiamato *expressis verbis*, in punto di esercizio dei poteri legislativi ed amministrativi da parte delle amministrazioni nazionali, siano state significativamente valorizzate, seguendo un iter logico che ha condotto al riconoscimento al medesimo di un valore dirimente con riguardo alla valutazione in punto di legittimità di misure legislative nazionali che, muovendo dall'intento di apprestare adeguata tutela alle esigenze di protezione e preservazione ambientale, potessero, in linea di principio ridondare in una compressione delle libertà fondamentali consacrate dal diritto primario. Si è trattato di occasioni nelle quali la giurisprudenza eurounitaria, pur riconoscendo, in linea di principio, la legittimità di misure derogatorie della libera circolazione delle merci, ha limpidamente contribuito a delineare il perimetro entro il quale il contemperamento tra le prefate esigenze debba essere condotto dalle amministrazioni nazionali, orientando l'esercizio dell'attività di bilanciamento all'osservanza del principio di proporzionalità, destinato per propria natura a prevalere sull'indiscriminata valorizzazione del principio di integrazione. Ciò che limpidamente evidenzia il fatto che la non giustiziabilità del precetto non valga, tuttavia, a revocarne in dubbio il potenziale effetto di orientamento sull'esegesi delle disposizioni. Se si volge l'attenzione all'ordinamento giuridico nazionale, ci si avvede con singolare chiarezza della circostanza per la quale, pur nell'assenza di disposizioni di rango costituzionale atte a codificare il principio in parola, la prospettiva della tutela integrata dell'ambiente, riveniente nella valutazione degli effetti potenzialmente sortiti sulle matrici ambientali dalle misure all'uopo adottate, incida, pur tuttavia, in maniera decisamente sensibile sulle modalità di esercizio dell'azione amministrativa, con particolare riguardo alle manifestazioni di quella che si connotano per l'esercizio della discrezionalità c.d. pura: ciò che sembrerebbe limpidamente emergere dalla conformazione all'uopo assunta dalla disciplina di molteplici istituti e segmenti procedurali, non destinati ad esaurire la propria valenza entro i circoscritti confini dei procedimenti in materia ambientali, ma in misura più o meno sensibile intercettanti la generalità dell'agere dei pubblici poteri.

¹⁰⁰ Sul punto, B. Sjäfjell, *The legal significance of Article 11 TFEU in the light of the principle of sustainable development for EU institutions and Member States*, in B. Sjäfjell e A. Wiesbrock, *The Greening of European Business under EU Law. Taking article 11 TFEU seriously*, London, 2015, ove si osserva: "The implications for the Member States are rather more indirect, but nevertheless highly relevant, influencing the interpretation, implementation and application of EU law; the justification of Member State initiatives that restrict free movement; entailing a possible duty to act to promote overarching objectives under certain circumstances, and perhaps also indicating a coming general principle of sustainable development on Member State level" [...] Member States, accordingly, have the right and the duty to follow the principle of sustainable development, as codified in the environmental integration rule, in their interpretation, implementation and application of EU law. Member States should also be obligated to comply with the environmental integration rule when the EU institutions have not expressly fulfilled their duty according to the rule.

¹⁰¹ Quale desumibile dall'introduzione, nel corpo dei Trattati istitutivi, della disposizione di cui all'art. 130 R ad opera dell'Atto Unico Europeo.

¹⁰² Quale consacrato dall'introduzione del medesimo dapprima nell'art. 6 TCE e, con l'adozione del Trattato di Lisbona, transitato nell'attuale art. 11 TFEU. Sul punto J. Nowag, *The sky is the limit: on the drafting of Article 11 TFEU's integration obligation and its intended reach*, in B. Sjäfjell e A. Wiesbrock, *The Greening of European Business under EU Law. Taking article 11 TFEU seriously*, London, 2015.

¹⁰³ Sulla vincolatività e la conseguente ascrivibilità del principio di integrazione tra i principi generali del diritto europeo, si veda A. Wiesbrock, *Sustainable state aid: a full environmental integration into the EU's State aid rules? Introduction*, in B. Sjäfjell e A. Wiesbrock, *The Greening of European Business under EU Law. Taking article 11 TFEU seriously*, London, 2015.

¹⁰⁴ Così, in particolare P. Dell'Anno, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Milano, 2004, 76 e 77. Per una compiuta ricostruzione del principio di integrazione, sia consentito rinviare a L. Kramer, *Giving a voice to the environment by challenging the practice of integrating environmental requirements into other EU policies*, in S. Kingston (ed), *European perspectives on environmental law and governance*, London, 2013, 83 ss.

di integrazione, impone di premettere alla disamina delle questioni una sintetica ricostruzione delle declinazioni che questo abbia assunto, onde comprendere l'iter seguito dal giudice e rinvenire il fondamento giustificativo delle successive evoluzioni normative. Del resto, il percorso che avrebbe condotto all'integrazione di clausole orientate alla tutela ambientale nel regolamento contrattuale e nell'iter procedurale destinato a concludersi con la selezione del contraente, sembrerebbe essersi sviluppato secondo le medesime direttrici che hanno connotato la nascita e il recepimento del principio dello sviluppo sostenibile nell'ordinamento eurounitario.

Se quest'ultimo si era originariamente affermato sul versante internazionale, ricevendo una primitiva estrinsecazione in atti costituenti declaratoria di intenti¹⁰⁵, al punto da suscitare

¹⁰⁵ Dispiegandosi lungo le medesime linee direttrici che hanno accompagnato la progressiva emersione di un nutrito corpus di disposizioni normative, di differente origine e, del pari, caratterizzate da altrettanto diversificate pregnanza e valore giuridico, giungendo, all'esito di un percorso evolutivo particolarmente articolato, giacché in parte dispiegatosi attraverso la ricompressione di tali precetti in fonti del diritto primario internazionale pattizio, in parte, attraverso le elaborazioni all'uopo formulate sul versante pretorio, tradottosi nell'assunzione dei precetti medesimi al rango di consuetudini internazionali ovvero di principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili e, conseguentemente, a dispetto della posizione che ad essi venga ascritta nel novero delle fonti del diritto internazionale, destinati ad orientare significativamente, conformandola all'osservanza dei medesimi, la generalità delle manifestazioni dell'agire degli Stati, ad edificare un'autonoma disciplina di matrice internazionale in materia di tutela ambientale, la prima affermazione del principio dello sviluppo sostenibile è da rinvenirsi in talune prese di posizione e, in termini più generali, in atti di *soft law*, maturati sulla scorta di esperienze che hanno visto la partecipazione di diversi attori sociali e la formulazione di linee programmatiche, dal carattere indubbiamente interdisciplinare e, come tali, irrimediabilmente trascendenti la posizione e la susseguente risoluzione di problematiche stricto sensu giuridiche, finalizzate all'apprestamento di misure atte ad orientare la formulazione di risposte alle esigenze espresse dalla società.

Il riferimento corre, in particolare, alle conclusioni rassegnate dalla Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente umano, tenutasi a Stoccolma nel 1972, la cui dichiarazione finale, prendendo abbrivio dalle problematiche connesse al costante deterioramento delle risorse naturali ed all'esistenza di sperequazioni tra i Paesi sviluppati ed in via di sviluppo, aveva espressamente preso atto della necessità di orientare le future prospettive di crescita economica, sviluppo industriale e tecnologico coniugandole alla protezione delle risorse naturali ambientali, esortando le amministrazioni nazionali a procedere all'adozione di misure e di strumenti di tutela integrati e coordinati, ponendo in particolare in rilievo le implicazioni potenzialmente connesse ad un indiscriminato utilizzo e sfruttamento delle risorse naturali sulle condizioni e sul tenore di vita delle generazioni successive. Sebbene priva di vincolatività, tale affermazione di principio, soprattutto in virtù dell'acquisizione di una matura consapevolezza relativamente all'incidenza dei processi produttivi e, più in generale, delle misure orientate alla promozione di condizioni di crescita economica sul deterioramento del patrimonio naturale ed ambientale, è stata ulteriormente valorizzata dalla successiva istituzione della Commissione Mondiale sull'Ambiente. I lavori di quest'ultima si tradussero nell'adozione del Rapporto *Our common future*, documento nel quale è possibile rinvenire una prima compiuta definizione del medesimo concetto di sviluppo sostenibile e, in particolare, un primo esempio di tipizzazione degli elementi costitutivi dai quali esso trae fondamento, di seguito meglio esplicitati dalla successiva *Dichiarazione sull'ambiente e lo sviluppo*, adottata nel 1992 all'esito dei lavori della Conferenza UNCED di Rio de Janeiro e, nella propria sostanza, destinata ad essere successivamente trasposta nelle fonti di diritto primario sovranazionale, mercé le modifiche apportate ai Trattati di Roma con la sottoscrizione del Trattato di Amsterdam, il cui portato, in relazione al campo delle politiche sovranazionali in materia ambientale, è, come noto, da rinvenirsi nella ricompressione del principio di sviluppo sostenibile tra gli obiettivi fondanti le azioni della Comunità e delle istituzioni euro-unitarie.

In particolare, dalla circostanza per la quale sia stato ivi posto l'accento sulla necessità di inaugurare ed adottare modelli di regolazione e di sviluppo idonei a garantire pienamente la soddisfazione delle primarie esigenze di sviluppo economico, sociale, culturale ed ambientale delle generazioni presenti, coniugando il perseguimento di tali finalità con la realizzazione di condizioni che effettivamente consentissero alle generazioni successive di fruire del patrimonio ambientale e, più in generale, delle risorse scarse, sembrerebbe evincersi chiaramente come il precetto intenda di per sé precludere all'introduzione di modelli e di strumenti economici e orientati all'abbandono delle prospettive settoriali tendenti alla mera valorizzazione dell'esigenza della promozione di condizioni di benessere economico, per promuovere, al contrario, in una prospettiva globale ed integrata, la realizzazione di ottimali condizioni di sviluppo materiale, sociale ed ambientale, per propria natura declinante verso l'opzione per sistemi di produzione e di consumo orientati alla redistribuzione delle risorse secondo una prospettiva di equità. Da tali premesse discendono il riconoscimento della valenza strumentale degli istituti giuridici e l'apposizione di potenziali vincoli alle concrete modalità di esercizio delle potestà discrezionali conseguenti all'affermazione del principio, con precipuo riguardo alle modalità ed ai meccanismi di ricomposizione tra tali interessi confliggenti, nell'ottica del perseguimento di finalità ine ascrivibili alle dimensioni

l'emersione di interrogativi in merito all'ascrivibilità nell'alveo dei precetti giuridici,¹⁰⁶ la sempre crescente posizione di centralità nella regolazione delle dinamiche economiche in relazione al mutato contesto socio-politico, ne ha determinato una pervasività tale da incidere sui modi di esercizio della funzione, conformando ed in parte comprimendo l'esercizio del potere amministrativo di valutazione, anche laddove conoscesse la massima latitudine, estrinsecandosi nelle forme del provvedimento. Ciò che sembra apprezzabile nelle realtà ordinamentali in cui, benché i principi di integrazione e dello sviluppo sostenibile non siano ricompresi nel catalogo dei principi fondamentali sanciti dai testi costituzionali, conformano

dell'etica e della morale, che verrebbero ad essere, per questa via, giuridificate ammantando di "doverosità" l'azione delle amministrazioni nazionali e sovranazionali, destinate dispiegarsi con riguardo ad un lasso temporale sicuramente più ampio rispetto gli angusti spazi tradizionalmente traguardati. Ciò che se appare in linea di principio commendevole e pienamente giustificabile, induce, purtuttavia, a ritenere che ad esso conseguano ulteriori elementi di complicazione nell'operazione di contemperamento tra le istanze confliggenti, segnatamente, recando seco la necessità di determinare compiutamente i limiti entro i quali l'eventuale decisione di privilegiare, nell'esercizio dell'attività di regolazione, le valutazioni concernenti le ripercussioni eventualmente sortite dalle misure adottate sulle prospettive di vita delle generazioni posteriori, non ridondi, di contro, in un'eccessiva e, per ciò stesso, sproporzionata compressione delle esigenze di sviluppo delle generazioni attuali. Ed è proprio nei connotati di doverosità e di equità che talune opinioni dottrinali rivengono il *proprium* e l'essenza intima del precetto dianzi indicato, talora giungendone a delineare in prospettiva estremamente dilatata l'ambito applicativo ed i conseguenti limiti potenzialmente incombenti sugli organi legislativi ed amministrativi, forse trascurando eccessivamente le problematiche connesse alla difficile giustiziabilità del precetto medesimo, conseguibile, in linea di principio, esclusivamente a patto di profondersi in interpretazioni stricto sensu creative quando non ardite, come sembrerebbero mostrare le conclusioni rassegnate dalla Corte Suprema delle Filippine nella sentenza 30 luglio, 1993, *Oposa*. Con particolare riguardo all'ordinamento giuridico nazionale, pur nell'assenza di disposizioni di rango costituzionale che espressamente codificassero il principio, in disparte restando le questioni inerenti l'eventuale riconduzione del precetto nel novero delle consuetudini internazionali, la scienza giuridica sembrerebbe concorde nel ritenere l'esistenza, nel testo della Carta fondamentale, degli indici che depongano nel senso della copertura costituzionale del principio muovendo dalla prospettiva dell'integrazione tra le diverse componenti ambientali e la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali garantiti ai cittadini, in particolare rilevando le interferenze del deterioramento delle risorse ambientali sulla preservazione del diritto alla salute ed orientando secondo le logiche del bilanciamento tra valori di rilievo costituzionale la concreta realizzazione del contemperamento tra il principio de quo e gli altrettanto rilevanti e costituzionalmente garantiti diritti di iniziativa economica; sul piano della legislazione ordinaria, la codificazione del prefato principio si deve all'introduzione, nel coroo del D.Lg. n. 152/2006 della disposizione di cui all'art. 3-quater, D.Lg. n. 152/2006, dichiaratamente finalizzato ad orientare l'azione delle amministrazioni e, segnatamente, i termini del bilanciamento tra le contrapposte istanze e, correlativamente, l'esercizio della discrezionalità amministrativa, nella misura in cui, con disposizione che, prima facie, parrebbe aspirare al riconoscimento di un ambito applicativo sicuramente eccedente i procedimenti in materia ambientale, sembrerebbe essere volta ad incentivare la valutazione degli impianti potenzialmente derivanti alle matrici ambientali da qualsivoglia manifestazione dell'esercizio del pubblico potere.

Sul punto, si vedano F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010, Id, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in M. Renna e F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 433 ss, Id, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2010, 13 ss, AA.VV., *Codice dell'ambiente*, Milano, 2011, commento all'art. 3-quater. Per una ricostruzione dell'affermazione del principio dello sviluppo sostenibile e delle evoluzioni dalle quali quest'ultimo è stato caratterizzato nell'ordinamento giuridico internazionale, L. Pineschi, *I principi del diritto internazionale dell'ambiente*, in R. Ferrara e C.E. Gallo, *Trattato di diritto dell'ambiente. I, Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, Milano, 2014, 93 ss.

¹⁰⁶ Significative, in particolare, le perplessità emerse nella scienza giuridica in punto di ricomprensione del principio del principio dello sviluppo sostenibile nel novero dei principi giuridici. Per la negatoria, si veda, in particolare, P. Dell'Anno, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, cit. 75, ad avviso del quale "più che un principio giuridico, tuttavia, lo sviluppo sostenibile sembra rivestire un contenuto etico". Diversamente, L. Pineschi, *I principi del diritto internazionale dell'ambiente*, cit., 131, ad avviso della quale "Al di là delle enunciazioni meramente programmatiche ed esortative e dalla forza emotiva delle espressioni utilizzate per enunciare e illustrare tale concetto, è possibile parlare di vera e propria regola giuridica". In chiave ancor più problematica, pur allorquando non sia stata posta in discussione l'ascrivibilità del principio alla dimensione giuridica, sono sorte particolari controversie in punto di riconducibilità del medesimo alle disposizioni di diritto consuetudinario internazionale ovvero alla subordinazione del riconoscimento del valore precettivo del principio alla ricomprensione e codificazione del medesimo in fonti del diritto vincolanti. Per una compiuta ricostruzione dei termini del dibattito, si veda D. Porena, *Il "rango" del principio dello sviluppo sostenibile nella gerarchia delle fonti del diritto: norme pattizie, consuetudini internazionali ed art. 10 della Costituzione*, in *www.federalismi.it*, 2016. Sull'ascrizione del principio dello sviluppo sostenibile tra le fonti del diritto internazionale dell'ambiente, si veda

la disciplina degli istituti di diritto positivo, alimentando interrogativi in punto di “proporzionalità” delle soluzioni adottate sul versante legislativo rispetto alle compressioni derivanti ai molteplici interessi e posizioni che con quelli confliggano ed in punto di corretto esercizio delle potestà commesse alle amministrazioni pubbliche, con conseguenze ancor più percepibili con riguardo all’attività svolta secondo le forme contrattuali.

Se possono ritenersi pacifiche tanto l’esistenza di un vincolo all’azione del legislatore euronitario in punto di conformazione delle proprie politiche in rapporto alla necessità di un contemperamento tra le ragioni del mercato e le ragioni della sostenibilità sociale ed ambientale, quanto l’incidenza in via riflessa sortita dall’affermazione dei prefati principi, continuano a permanere opacità nella determinazione dei termini del bilanciamento.

Operazione resa ardua dal fatto che la compressione dell’interesse allo sviluppo economico si riverberi in un detrimento delle posizioni giuridiche attive vantate dagli operatori economici. La necessaria valutazione delle conseguenze derivanti dall’estrema polarizzazione del bilanciamento tra tali istanze, che si traducesse nell’introduzione di una relazione di gerarchia– tale da consentire l’indiscriminata ottimizzazione dell’uno in patente spregio degli altri– e, dunque, il tentativo di stabilire ex ante principi e regole atte a garantire il conseguimento del miglior risultato, sembrerebbero costituire il filo rosso delle statuizioni rese dalla Corte di Giustizia, tuttora idonee ad illuminare l’interpretazione delle norme.

L’oggetto del contendere atteneva alla previsione, nel corso di una procedura per l’aggiudicazione di un contratto per l’espletamento dei servizi di trasporto pubblico locale di linea, di elementi relativi alle caratteristiche qualitative dei materiali impiegati, alle politiche di gestione ambientale seguite dall’aggiudicatario tra i criteri primari e premiali cui ancorare la valutazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa, con riconoscimento di un valore ponderale minore agli elementi afferenti il prezzo concretamente offerto dagli aspiranti contraenti. Nel dirimere la questione, la Corte adita ha preso le mosse dall’interpretazione della disciplina *ratione temporis* vigente.

Segnatamente, dal riconoscimento del valore esemplificativo degli elementi di valutazione testualmente previsti e dall’espresso riferimento ai profili estetici delle soluzioni progettuali proposte, alla luce dei principi di integrazione¹⁰⁷ dell’interesse ambientale e di sviluppo

¹⁰⁷ Sul punto, Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza 17 settembre 2002, in causa C. 513/99, punto 57 della parte motiva: “Tenuto conto di tale obiettivo e alla luce, del pari, del tenore dell’art. 130 R, n. 2, primo comma, terza frase, del Trattato CE, che è stato trasferito dal Trattato di Amsterdam, in una formulazione leggermente modificata, all’art. 6 CE e che stabilisce che le esigenze in tema di tutela

sostenibile, è giunta ad affermare la legittimità della scelta di criteri di natura non economica, non esimersi dal rilevare i limiti esterni di tali libertà di apprezzamento.

Appare significativo che il riconoscimento di una posizione di centralità a criteri non essenzialmente economici fosse stato circoscritto, onde precludere che soluzioni interpretative estensive ridondassero in una irragionevole compressione delle istanze di par condicio e di massima partecipazione al confronto competitivo. Se l'affermazione di principio appare degna di rilievo per la riduzione della centralità dell'elemento relativo al prezzo, ancor più significative si rivelano le condizioni dettate dalla Corte di Giustizia onde riconoscere la legittimità dell'esercizio del prefato potere.

Da queste ultime è possibile desumere i limiti ai quali le valutazioni tecniche debbano soggiacere, integralmente riconducibili all'operatività del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, naturalmente improntato alla logica del contemperamento tra gli interessi confliggenti, anche in relazione all'attività svolta in forme contrattuali. In particolare, dalle argomentazioni in merito alla preventiva elencazione degli elementi da valutare secondo la rispettiva ponderazione, al collegamento¹⁰⁸ con la prestazione dedotta del contratto ed alla conformità con i principi di non discriminazione tra gli offerenti emerge che la rilettura delle disposizioni in materia di pubblici affidamenti alla luce dell'interesse ambientale, sebbene consenta di legittimare l'opzione per soluzioni che comportino aggravii di spesa, non possa essere spinta al punto da offrire indiscriminata tutela a tali istanze ove l'articolazione della procedura possa ridondare in una "chiusura" sostanziale del mercato. Quel che pare volersi elidere sono le concezioni assolutizzanti ed ipostatizzanti che, sia pur in riferimento a settori diversi, ma pur sempre involgenti il contrasto tra esigenze di tutela ambientale e limiti all'esercizio dell'iniziativa economica sono state in più occasioni sconfessate tanto dalla

dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e delle attività della Comunità, occorre concludere che l'art. 36, n. 1, lett. a), della direttiva 92/50 non esclude la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di avvalersi dei criteri relativi alla tutela dell'ambiente in sede di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa".

¹⁰⁸ Sul punto, Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza 17 settembre 2002, in causa C. 513/99, punto 59 della parte motiva: "Infatti, anche se l'art. 36, n. 1, lett. a), della direttiva 92/50 lascia all'amministrazione aggiudicatrice la scelta dei criteri di attribuzione dell'appalto che intende adottare, tale scelta può tuttavia riguardare soltanto criteri volti ad individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa (v., in tal senso, quanto agli appalti di lavori pubblici, precitate sentenze *Beentjes*, punto 19; *Evans Medical e Macfarlan Smith*, punto 42, nonché *SLAC Construction*, punto 36). Dato che un'offerta si riferisce necessariamente all'oggetto dell'appalto, ne consegue che i criteri di attribuzione che possono essere considerati conformemente alla detta disposizione devono anch'essi essere collegati all'oggetto dell'appalto."

giurisprudenza amministrativa nazionale, quanto dalla stessa Corte Costituzionale¹⁰⁹ che sulla logica del bilanciamento hanno fondato le proprie decisioni.

Tali linee ermeneutiche sono state, in gran parte, sviluppate dall'elaborazione giurisprudenziale successiva, pervenuta alla più compiuta definizione dei limiti che l'amministrazione incontra nell'integrazione delle considerazioni di natura ambientale. Significative le statuizioni rese nella controversia *EVN AG e Wienstrom GmbH contro Republik Österreich*, anch'essa concernente la determinazione, in relazione all'affidamento di appalto di fornitura di energia elettrica, di criteri di matrice ecologica al fine dell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e, segnatamente, di elementi legati al quantitativo di energia derivante da fonti rinnovabili ed immessa sul mercato, costituenti il parametro principale al quale ancorare la selezione dell'offerta aggiudicataria.

Al riconoscimento della legittimità della predeterminazione di tali criteri ed elementi di valutazione, si accompagnano significative statuizioni atte a determinare i limiti delle valutazioni tecnico-discrezionali commesse alle amministrazioni aggiudicatrici.

Se il collegio ha riconosciuto un considerevole margine di apprezzamento tanto in punto di definizione dei criteri e degli elementi ai quali ancorare la valutazione, quanto in ordine alla determinazione della ponderazione¹¹⁰ da attribuire a ciascuno, l'aver a più riprese posto in rilievo la centralità dei principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento tra gli offerenti tanto al momento della partecipazione, quanto in relazione al segmento cruciale dell'individuazione dell'offerta aggiudicataria¹¹¹ denota come la scelta del criterio di aggiudicazione debba rivelarsi pertinente e proporzionata rispetto l'oggetto e le prestazioni dedotte in contratto, soprattutto allorquando, per la concreta definizione della *lex* di gara, ridondi in una misura discriminatoria per gli offerenti che, pur non soddisfacendo il requisito

¹⁰⁹ Il riferimento corre alle statuizioni rese da Corte Cost., 28 marzo 2018, n. 50 nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale dell'art. 3, d.l. 4 luglio 2015, n. 92, in relazione al bilanciamento tra gli interessi alla tutela ambientale e della salute e l'esercizio delle attività economiche.

¹¹⁰ Sul punto Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza 4 dicembre 2003, in causa C-448/01, punto 39 *“Ne consegue che, nell'osservanza delle previsioni del diritto comunitario, le amministrazioni aggiudicatrici possono non solo scegliere liberamente i criteri d'aggiudicazione dell'appalto, ma anche stabilire la ponderazione di questi ultimi, purché tale ponderazione consenta una valutazione sintetica dei criteri adottati per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa”*.

¹¹¹ Interessanti al riguardo le osservazioni formulate al punto 56 della motivazione *“Risulta dalla giurisprudenza della Corte che il procedimento d'aggiudicazione di un appalto pubblico deve rispettare, in tutte le sue fasi, tanto il principio della parità di trattamento dei potenziali offerenti quanto quello della trasparenza, affinché tutti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte (v., in questo senso, sentenza Universale-Bau e a., cit., punto 93). 57 Più specificamente, questo significa che i criteri d'aggiudicazione devono essere formulati, nel capitolato d'oneri o nel bando di gara, in maniera tale da consentire a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di interpretarli nello stesso modo (sentenza SLAC Construction, cit., punto 41).*

sproporzionatamente fissato¹¹², ben potessero offrire le soluzioni tecniche idonee a soddisfare le caratteristiche legate all'oggetto del contratto di appalto.

4. *La svolta segnata dalla più recente legislazione sovranazionale: l'emersione di interessi altri dalla concorrenzialità del mercato e l'utilizzo dei contratti pubblici come strumento attuativo delle secondary policies.*

Benché i criteri delineati in via pretoria per il riconoscimento della legittimità delle scelte operate potessero apparire a tutta prima rigidi, perimetrando le possibilità di integrare clausole orientate alla tutela di istanze ambientali o sociali, la perimetrazione dei confini dell'apprezzamento tecnico-valutativo in capo all'amministrazione committente non ha adombrato la centralità dell'utilizzo del public procurement nel quadro delle strategie volte al perseguimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile.

Ciò che si è tradotto nell'attenuazione della primazia riservata ai profili relativi ai costi da sostenere per l'aggiudicazione, in favore dell'adesione ad un approccio omnicomprensivo, ancorato al condizionamento delle politiche di acquisto e di approvvigionamento dei pubblici poteri verso l'opzione per soluzioni che, oltre a garantire la corretta esecuzione delle prestazioni, consentissero di contenere gli effetti negativi potenzialmente derivanti alle risorse naturali dall'esecuzione della commessa, orientando l'interpretazione del canone di economicità in un'accezione più complessa che, valutando i costi delle esternalità ambientali, consentisse di ricondurre ad unità e, dunque, di rinvenire un punto di equilibrio tra obiettivi e categorie considerati dicotomici.

Sebbene tale mutamento di prospettiva sembri essere stato pienamente raggiunto soltanto nel periodo immediatamente antecedente l'adozione delle direttive attualmente vigenti, taluni elementi indiziari parrebbero ravvisabili in prese di posizione formulate nella vigenza delle c.d.

¹¹² Così i pp. 58 e 59 della motivazione: "Orbene, un criterio d'aggiudicazione che si riferisca unicamente al quantitativo di elettricità prodotta da fonti rinnovabili eccedente il consumo annuale prevedibile fissato nel bando di gara non può essere considerato connesso all'oggetto dell'appalto. Inoltre la circostanza che, in base al criterio d'aggiudicazione adottato, ad essere determinante è il quantitativo eccedente il consumo annuale prevedibile fissato nel bando di gara è di natura tale da conferire un vantaggio agli offerenti che, per le loro maggiori capacità produttive o di fornitura, sono in grado di fornire quantitativi di elettricità più elevati rispetto agli altri. Il detto criterio è quindi atto a comportare un'ingiustificata discriminazione nei confronti degli offerenti le cui offerte possono pienamente soddisfare i requisiti connessi all'oggetto dell'appalto. Orbene, una siffatta limitazione dell'ambito degli operatori economici in grado di presentare un'offerta avrebbe l'effetto di contrastare l'obiettivo di apertura alla concorrenza perseguito dalle direttive recanti coordinazione delle procedure d'aggiudicazione dei pubblici appalti."

direttive di seconda generazione, che pur non consideravano espressamente la potenziale incidenza dell'interesse ambientale sulla realizzazione delle pubbliche commesse.

Significativo che taluni rimandi alla necessità di incentivazione di acquisti pubblici ai quali si correlasse il contenimento degli impatti sulle matrici ambientali, avessero propiziato la consacrazione del *green public procurement*¹¹³ alla stregua di peculiare metodologia di acquisto, con l'accentuazione dei profili di funzionalizzazione del modello negoziale e di specialità rispetto agli schemi imperniati sulle manifestazioni delle negoziazioni inter-private. Tali suggestioni, invero già presenti nell'ormai risalente Sesto Programma di Azione comunitario in materia ambientale¹¹⁴, si sono successivamente tradotte in più capillari prese di posizione della Commissione Europea che pur aveva mostrato maggiori resistenze al riconoscimento della legittimità di una valutazione di profili legati al contenimento delle esternalità ambientali, ove non destinati a tradursi in un vantaggio patrimoniale diretto per l'amministrazione.

¹¹³ Tra i molteplici contenuti bibliografici, sia consentito rinviare a F. Schizzerotto, *I principali provvedimenti europei ed italiani in materia di green public procurement*, in *Riv. giur. ambi.*, 2004, 967 ss, F. Spagnuolo, *Il green public procurement e la minimizzazione dell'impatto ambientale nelle politiche di acquisto della pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2006, 397 ss, G. Bellomo, *Il green public procurement nell'ordinamento multilivello dell'ambiente*, in *Dir. pubbl. comp. europeo*, 2008, G. Fidone, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili e orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2012, 819 ss., E. Bellomo, *Il green public procurement nell'ambito della green economy*, in *Dir. proc. Amm.*, 2013, 163 ss, G. Fidone, *L'integrazione degli interessi ambientali nella disciplina dei contratti pubblici: il green public procurement*, in G.F. Cartei (a cura di), *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, Torino, 2015, 123 ss, G. Fidone e M. Mataluni, *Gli appalti verdi nel codice dei contratti pubblici*, in *Riv. quadri. dir. amb.*, 2016, 3, 3 ss., F. de Leonardis, *Green Public Procurement: from recommendation to obligation*, in *International Journal of Public Administration*, 2011, C. Feliziani, *I nuovi appalti verdi: un primo passo verso un'economia circolare?*, in *Dir. econ.*, 2017, 349 ss., C. Feliziani *Circular economy and the "new" green public procurement law. May be the realization of a "smart, sustainable and inclusive growth" be closer?*, in *Agricoltura, Istituzioni, Mercati*, 2017, 65 ss,

¹¹⁴ Si veda, sul punto, Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, del 24 gennaio 2001, sul Sesto programma di azione per l'ambiente della Comunità europea "Ambiente 2010: il nostro futuro, la nostra scelta", COM (2001)31

Quest'ultima, pur agendo attraverso l'adozione di atti privi di valore giuridico cogente,¹¹⁵ ¹¹⁶ muovendo dal sempre crescente rilievo delle azioni mediamente involgenti le istanze di tutela ambientale e dalla necessità di orientare la generalità delle politiche europee al perseguimento di tali istanze, sembrerebbe aver posto in luce l'esistenza di un nesso funzionale tra le procedure di aggiudicazione dei pubblici appalti e l'attuazione di politiche di sviluppo sostenibile, pur non trascurando di evidenziare l'esistenza di ostacoli di ordine pratico alla piena utilizzazione del contratto di appalto quale strumento per il perseguimento di politiche pubbliche.

Le considerazioni formulate nella risalente comunicazione sulla politica integrata dei prodotti, denotato un mutamento nell'atteggiamento delle istituzioni europee rispetto alla contrattualistica pubblica, spingendosi ad affermare *expressis verbis* la necessità di una rilettura delle disposizioni in materia di appalti pubblici alla luce dei principi di integrazione e di sviluppo sostenibile, gettando le basi per la consacrazione di strumenti e misure "di mercato" e "nel mercato"¹¹⁷ al rango di efficaci meccanismi di tutela indiretta dell'interesse ambientale,

¹¹⁵ Ma cionondimeno caratterizzate da un significativo valore persuasivo, come mostra la circostanza per la quale l'invito rivolto agli Stati membri a procedere all'adozione di strumenti giuridici anche dal carattere programmatico preordinati a garantire la progressiva integrazione di considerazioni di carattere ambientale nelle procedure preordinate all'approvvigionamento delle amministrazioni nazionali si sia tradotto nei contesti ordinamentali nazionali nell'adozione di piani di azione orientati a garantire la sostenibilità dei consumi che, in gran parte, parrebbero, almeno con particolare riguardo a taluni circoscritti profili, aver anticipato le soluzioni che sarebbero state nel prosieguo adottate sul piano ordinamentale euro-unitario ed indi trasfuse con disposizioni cogenti nel diritto interno. Con particolare riguardo all'ordinamento giuridico italiano ed in relazione alla traduzione nella dimensione giuridica nazionale delle suggestioni rivenienti tanto dalle comunicazioni della Commissione europea in punto di politica integrata dei prodotti, quanto dai più immediati antecedenti di quelle, si segnala l'ormai risalente *Strategia d'azione ambientale per lo sviluppo sostenibile in Italia*, adottata con deliberazione del Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica nel 2002, ove si è chiaramente posta in rilievo la posizione di assoluta centralità acquisita dagli strumenti di mercato, di per sé indicativa, della progressiva regressione dei meccanismi di regolazione improntate all'approccio di command e control, nell'ottica dell'efficace perseguimento delle strategie e delle linee politiche orientate alla protezione ambientale. Ben più significativo, in quanto costituente l'antecedente logico necessario ed imprescindibile per la delineazione e la conseguente implementazione del quadro giuridico attualmente vigente nel panorama nazionale, il successivo D.L. 11 aprile 2008, n. 135 di approvazione del Piano d'Azione Nazionale per gli Acquisti sostenibili, dichiaratamente orientato, per quanto privo del carattere della vincolatività, all'incentivazione di forme di contrattazione improntate al conseguimento degli obiettivi di efficienza energetica, di riduzione del volume delle emissioni inquinanti derivanti dall'esecuzione delle prestazioni dedotte in contratto, attraverso una prima tipizzazione dei requisiti concernenti le caratteristiche ambientali dei beni e dei servizi oggetto degli affidandi contratti di appalto, destinati a costituire la base sulla quale sarebbero stati edificati i criteri ambientali minimi in seguito recepiti all'interno del previgente codice dei contratti pubblici e, con l'attuale disciplina di diritto interno, oggetto di applicazione obbligatoria e generalizzata relativamente ai contratti il cui oggetto afferisca alle categorie merceologiche oggetto di disciplina da parte dei decreti ministeriali recanti i c.a.m. Sul punto, sia consentito rinviare a M. Occhiena, *Norme di gestione ambientale*, cit. in M.A. Sandulli, R. De Nictolis e R. Garofoli, *Trattato sui contratti pubblici*, II, Milano, 2008, nonché A. Maestroni, *Politiche nazionali in tema di appalti verdi*, in M. Andreis (a cura di), *I contratti pubblici tra principi interni e vincoli sovranazionali. Mercato, ambiente, responsabilità*, Milano, 2011, 43 ss. .

¹¹⁶ Sul punto, per una ricostruzione degli atti di soft law e del relativo regime giuridico, si vedano A. Poggi, *Soft law nell'ordinamento comunitario. Relazione tenuta al convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionale*- Catania, 14 e 15 ottobre 2005, in www.astrid-online.it, B. Boschetti, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, 2, 32 ss.

¹¹⁷ Sul punto, in dottrina, M. Clarich, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir-pubbl.*, 2007, 219 ss., ove l'autore, nell'operare una classificazione degli strumenti mediamente preordinati al perseguimento di finalità di protezione ambientale e rivenienti un proprio tratto comune nella diretta derivazione ovvero nella concreta operatività dei medesimi sulla base del *consenso*, distingue le misure ambientali "di mercato", quali, in primo luogo le forme di assicurazione contro i danni, integralmente lasciati alla libera

recte, richiamandosi alla teorica dell'Amorth, l'idea dell'alternatività del modulo contrattuale rispetto al modello provvedimentale per il perseguimento dell'interesse pubblico alla tutela dell'ambiente.

L'istituzione di un collegamento funzionale tra la disciplina delle pubbliche commesse ed il perseguimento di tali istanze nella prospettiva dello sviluppo sostenibile rappresenta una più specifica conseguenza della maggiore attenzione riservata dal legislatore eurounitario, sulla scorta di esperienze in parte già realizzatesi nel contesto internazionale, in parte in singoli ordinamenti nazionali, alla possibilità dell'utilizzo di strumenti diversi dalla regolazione a carattere autoritativo nell'ottica dell'efficace tutela di tali istanze, segnando un ulteriore mutamento di prospettiva nel *quomodo* della regolazione.

Si è assistito alla marginalizzazione delle forme di disciplina fondate su di un approccio di *command and control*, che avevano connotato la "prima stagione" della normazione settoriale preordinata alla protezione dei valori ambientali sul versante sovranazionale, fondati sull'introduzione di misure e di strumenti con finalità repressiva o conformativa rivelatisi scarsamente efficienti¹¹⁸ tanto per le difficoltà insite nell'esecuzione dei controlli, quanto in virtù della rigidità degli standard e dei vincoli applicati, nonché per le criticità legate all'elusione del dettato normativo o per la scarsa efficacia sotto l'aspetto general-preventivo.

Al contrario, si sono privilegiati meccanismi caratterizzati da una natura e dinamiche divergenti, che rinvergono il proprio fondamento nel riconoscimento del ruolo degli incentivi, presupponendo il dispiegamento delle logiche del mercato e la modulazione delle medesime

iniziativa dei soggetti interessati e l'adesione ovvero il ricorso ai quali rappresenterebbero una manifestazione spontanea dell'adattamento delle dinamiche del mercato rispetto l'introduzione di strumenti normativi da parte delle autorità nazionali orientati alla tutela delle risorse naturali, dai meccanismi orientati alla tutela dell'ambiente "attraverso il mercato", che presuppongono, al contrario, la predisposizione di strumenti e meccanismi di varia natura il cui funzionamento si associa indissolubilmente al dispiegamento delle logiche di domanda ed offerta attraverso le quali opera il mercato.

¹¹⁸ Ciò che è stato limpidamente evidenziato dagli studi condotti nella prospettiva dell'analisi economica del diritto, soprattutto da talune autorevoli voci della scuola di Chicago, assumendo a caso paradigmatico della maggior efficienza di sistemi di regolazione fondati su strumenti lato sensu privatistici e, in particolare, sulla previsione di forme di incentivo per gli operatori economici, in luogo della rigida fissazione di standard e di misure repressive, le conseguenze derivanti dall'adozione, nell'ordinamento statunitense, di misure in materia di tutela ambientale e, segnatamente, del *Clean Air Act*, caratterizzato dalla tipizzazione di una forma di regolazione basata sulla previsione di singolari forme di certificazione per la determinazione dei livelli massimi di emissioni inquinanti da parte degli insediamenti produttivi e, segnatamente, dal riconoscimento del carattere di negoziabilità e monetizzabilità dei titoli medesimi, rilevandosi, in particolare, come in relazione agli strumenti de quibus l'aver consentito il libero dispiegamento delle logiche del mercato avesse consentito, pur nel perseguimento, da parte dei singoli operatori economici interessati a cedere le proprie quote di emissioni, degli obiettivi di massimizzazione del profitto, di sortire ben più significativi effetti in punto di concreta riduzione del tasso delle emissioni inquinanti. Sul punto, per una capillare disamina delle teorie inaugurate dall'analisi economica del diritto, sia consentito rinviare ad A. Mitchell Polinski, *Una introduzione all'analisi economica del diritto*, Bologna, 1986, R. Pardolesi *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile, voll. I e II*, Bologna, 2006, RAA.VV., *Analisi economica e diritto amministrativo, Atti del convegno annuale dell'associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, 2006, A. Mann- B. S. Roberts eds, *Essentials of business law and the legal environment*, W. Reed Walker, *The transitional costs of sectoral reallocation: Evidence from the Clean Air Act and the Workforce*, in *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 128, iss.4, 2013, 1787 ss.,

in misura variamente incisiva¹¹⁹, in funzione servente al più efficiente perseguimento delle finalità di protezione avute di mira, ponendosi in rilievo il potenziale effetto di orientamento delle condotte dei soggetti che operino nel mercato– o meglio nei mercati– di riferimento, in funzione pro-concorrenziale. Le riflessioni in merito al possibile condizionamento delle dinamiche economiche, conseguente all'utilizzo della contrattazione pubblica in vista del conseguimento di obiettivi ulteriori e trascendenti l'oggetto della commessa, sembrerebbero porre in rilievo tanto le potenzialità insite nel ricorso alla consensualità, quanto le opacità che a tale fenomeno potrebbero conseguire, con particolare riguardo agli eventuali riflessi in punto di eccessiva perimetrazione della platea dei partecipanti o di irragionevole valorizzazione di profili e criteri attinenti il perseguimento e la realizzazione delle finalità accessorie rispetto il nucleo centrale della commessa, potenzialmente idonei a ridondare in un *vulnus* degli imperativi di apertura concorrenziale e di massima partecipazione alle procedure di affidamento, quando non nella selezione del contraente che, pur dimostrando minori capacità tecniche in relazione alla concreta esecuzione della commessa, potesse meglio soddisfare le esigenze di carattere secondario perseguite dall'amministrazione contrattante con l'indizione della procedura.

Suggerimenti che, unitamente alle conclusioni rassegnate dalla giurisprudenza eurounitaria, sono state in gran parte trasfuse nelle successive Direttive unificate del 2004, anch'esse caratterizzate dal conferimento di una posizione di rilievo agli aspetti qualitativi ed ambientali delle prestazioni dedotte in contratto ma imperniate sul tentativo di determinazione degli equilibri tra esigenze di tutela dell'ambiente e garanzia dell'apertura e dell'effettiva concorrenzialità del mercato delle pubbliche commesse.

¹¹⁹ Significativa appare, al riguardo, la circostanza per la quale l'incidenza e lo spessore degli interventi dispiegati dalle amministrazioni nazionali in relazione alle molteplici declinazioni tipologiche assunte dagli strumenti di protezione ambientale fondati sulla valorizzazione del consenso sia stata assunta da autorevoli opinioni dottrinali assunta ad elemento scriminante e distintivo tra le medesime, in particolare distinguendosi le fattispecie relativamente alle quali i poteri esercitati dalle amministrazioni pubbliche si risolvano nell'esercizio di funzioni di controllo in relazione a poteri di attestazione da altri organismi esercitati, com'è a dirsi, esemplificativamente, in relazione agli strumenti di certificazione della qualità ambientale e di prodotto che si caratterizzano per il riconoscimento di un ruolo ben più incidente in capo agli organismi di attestazione deputati all'esercizio privato di pubbliche funzioni, dalle ipotesi, al contrario, caratterizzate da un ben più perspicuo intervento delle autorità pubbliche tanto nella prospettiva dell'esercizio di funzioni e potestà atte ad operare una forma di intervento in chiave correttiva nei mercati di riferimento, quanto ed in misura ancor più sensibile, nell'ottica del dispiegamento di modalità di azione destinate ad estrinsecarsi nella costituzione di mercati artificiali: emblematico, in tal senso, con riguardo al settore della politica energetica, il caso dell'introduzione dei c.d. certificati verdi e bianchi. Per la ricostruzione della tassonomia degli strumenti di tutela ambientale di mercato e nel mercato, sia consentito rinviare a M. Clarich, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, cit., nonché M. Cafagno, *Gli strumenti di mercato e misti*, in *ID Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007, 399 ss.

4.1 . In particolare, l'emersione e la valorizzazione del bene ambientale nelle disposizioni di cui alle previgenti direttive in tema di public procurement. L'afferenza all'oggetto dell'affidanda commessa quale limite all'esercizio del potere valutativo

L'entrata in vigore della terza generazione delle direttive europee in ha rappresentato un punto di svolta nell'affermazione della legittimità dell'introduzione di considerazioni di carattere ambientale nei diversi segmenti procedurali¹²⁰, portando a compimento quel percorso di conciliazione tra gli antitetici poli della tutela ambientale e della garanzia dell'efficiente allocazione delle risorse pubbliche connesse all'aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, servizi e di forniture e, in misura nettamente più significativa di tutela delle posizioni giuridiche attive degli aspiranti aggiudicatari, che la giurisprudenza sovranazionale aveva contribuito ad inaugurare.

La presa d'atto dell'acuirsi della complessità procedurale in diretta conseguenza dell'introduzione e della necessaria ponderazione di un interesse pubblico ulteriore rispetto a quelli tradizionalmente traggurati nel concreto dispiegarsi del procedimento contrattuale e, precipuamente, in relazione ai segmenti prodromici all'apertura del confronto competitivo, si è tradotta nella ricerca di punti di equilibrio tra le ragioni della concorrenza e la garanzia della preservazione delle risorse naturali e nella evidenziazione degli elementi di criticità correlati alla determinazione degli esatti confini e dei termini del bilanciamento tra l'esigenza di garanzia del *favor participationis* e l'integrazione dell'interesse ambientale. Elemento potenzialmente suscettibile di far trascolorare, almeno in relazione a taluni profili, la centralità dell'interesse pubblico "finale"¹²¹ immediatamente connesso all'affidamento della commessa, per privilegiare la corretta realizzazione delle finalità accessorie a questa riconducibili in via mediata, tale da richiedere, dunque, un'accorta opera di contemperamento che sembrerebbe costituire il principale elemento distintivo della disciplina recata dalle ormai abrogate Dirr.

¹²⁰ Per una ricostruzione dell'integrazione dell'interesse ambientale nella disciplina sovranazionale in materia di pubbliche commesse condotta alla luce delle disposizioni di diritto primario sovranazionale, sia consentito rinviare a P. Kunzlik, *Green Public Procurement- European Law, Environmental Standards and 'What To Buy' Decisions*, in *Journal of Environmental Law*, 2013, 25:2, 174ss.

¹²¹ Sulla nozione di interesse pubblico concreto, quale distinto dall'interesse pubblico astrattamente codificato dalle disposizioni legislative, E. Cannada Bartoli, *Interesse*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1967, 1 ss., ove l'autore ha, in particolare, evidenziato come "in un sistema di amministrazione pubblica sub lege, la definizione dell'interesse pubblico è rimessa al legislatore e si risolve, pertanto, nella definizione normativa [...] di distinti interessi pubblici astratti. La realizzazione di tali interessi è, di volta in volta, l'interesse pubblico concreto dell'amministrazione, la quale nell'agire- ossia nello specificare l'astratto fine indicato dalla legge- deve regolarsi secondo i principi di imparzialità e di buon andamento".

2004/17/CE e 2004/18/CE. Ciò che parrebbe poter essere desunto ove si ponga mente a quanto emergente dalla piana esegesi del preambolo¹²², le cui linee di fondo sembra si rinvenano nel tentativo di delineazione di un'armonica ricomposizione tra le istanze de quibus.

Particolarmente significativo, giacché idoneo ad esplicitare le modalità di ricomposizione di tali istanze, delineando il perimetro dell'autonoma determinazione rimessa alle amministrazioni contrattanti con il rimando ai principi fondamentali, si rivela il combinato disposto tra i considerando nn. 1 e 2, preludio alla esplicita ricomprensione degli elementi relativi alle caratteristiche ambientali della prestazione e della soluzione offerta tra i criteri da valutare ai fini della determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Addentellato il cui proprium si ravvisa nella trasposizione delle statuizioni rese dalla giurisprudenza sovranazionale, accompagnato dall'acquisizione di una più matura consapevolezza circa l'incidenza della previsione dei criteri de quibus sulla determinazione delle soluzioni meglio rispondenti all'interesse pubblico sotteso all'aggiudicazione ed alla modulazione del valore scriminante tradizionalmente assunto dagli elementi legati ai costi da sostenere per l'esecuzione delle prestazioni, temperato con le esigenze di competitività del mercato delle pubbliche commesse attraverso l'espreso richiamo alla necessità dell'afferenza dei parametri di valutazione alla natura ed alle caratteristiche delle prestazioni richieste.

¹²² Sul punto M. Occhiena, *Norme di gestione ambientale*, cit.

Dal rimando al tenore letterale dei successivi considerando nn.5, 29¹²³, 43¹²⁴ e 44¹²⁵ della Direttiva 2004/18/CE, sembrerebbe accreditarsi ulteriormente il connotato di funzionalità dell'appalto pubblico rispetto al perseguimento di interessi generali della collettività amministrata e direttamente od indirettamente coinvolti dall'espletamento della procedura. Finalità poste in posizione equiordinata rispetto alle esigenze di modernizzazione dell'impianto regolatorio nell'ottica del riconoscimento di una maggiore flessibilità procedurale, con un incremento della latitudine dei margini di apprezzamento commessi in capo alle amministrazioni nell'articolazione della procedura, l'esercizio dei quali rinviene un limite nell'esigenza di garanzia degli imperativi di non discriminazione e, correlativamente, nell'effettiva promozione del *favor participationis*, e la cui concreta spendita viene ad essere subordinata ed orientata all'applicazione, in concreto, dei canoni della proporzionalità e della ragionevolezza.

¹²³ In punto di definizione dell'oggetto dell'affidando contratto, il *considerando* n. 44 della direttiva dianzi menzionata, con formulazione dal tenore analogo rispetto il *considerando* n. della direttiva 2004/17/CE relativa all'aggiudicazione dei contratti di appalto pubblico nei settori c.d. speciali, torna a ribadire l'esigenza di una conciliazione tra le esigenze di interesse ambientale richieste dalle amministrazioni aggiudicatrici e la garanzia dell'effettiva concorrenzialità del mercato delle pubbliche commesse, per questa via esplicitando ancora una volta l'esistenza di un limite alla libera determinazione della volontà negoziale delle amministrazioni aggiudicatrici rappresentato dall'effettiva contendibilità delle commesse e dalla correlata possibilità di partecipazione del più ampio novero di offerenti. Ed invero, con particolare riguardo alle specifiche tecniche contenenti requisiti ambientali, la generale affermazione per la quale "Le specifiche tecniche fissate dai committenti pubblici dovrebbero permettere l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. A questo scopo deve essere possibile la presentazione di offerte che riflettano la pluralità di soluzioni tecniche. Pertanto le specifiche tecniche devono poter essere fissate in termini di prestazioni e di requisiti funzionali e, in caso di riferimento alla norma europea, o, in mancanza di quest'ultima, alla norma nazionale, le amministrazioni aggiudicatrici devono prendere in considerazione offerte basate su altre soluzioni equivalenti", viene a rappresentare la chiave di lettura per le più specifiche previsioni in punto di facoltà di prescrizione di determinati processi produttivi per la descrizione e definizione delle specifiche tecniche afferenti alla tutela ambientale, per questa via orientando e conformando le valutazioni tecniche rimesse alle amministrazioni aggiudicatrici tanto in punto di definizione delle specifiche tecniche, quanto e soprattutto, in relazione alla successiva valutazione delle soluzioni tecniche offerte dai partecipanti al confronto competitivo.

¹²⁴ In particolare, tale considerando si segnala per la circostanza di legittimare, sia pur subordinatamente alla vigenza di norme di diritto nazionale atte a disporre in tal senso, la comminatoria di provvedimenti di esclusione adottati sulla scorta della carenza dei requisiti di ordine generale nelle ipotesi di commissione, da parte degli aspiranti partecipanti al confronto competitivo, di reati ambientali, atti ad incidere gravemente sulla moralità professionale di quelli.

¹²⁵ Con particolare riguardo all'integrazione di considerazioni di carattere ambientale con riguardo al segmento procedurale concernente la selezione degli offerenti e, segnatamente, la previsione di requisiti di capacità tecnica concernenti le misure di gestione e la politica ambientale adottati dall'operatore economico nella propria organizzazione, sia consentito richiamare Direttiva 2004/18/CE, *considerando* 44, a mente del quale "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, può essere richiesta, l'applicazione di siffatte misure o sistemi. I sistemi di gestione ambientale, indipendentemente dalla loro registrazione conformemente agli strumenti comunitari quale il regolamento (CE) n. 761/2001 (3) (EMAS), possono dimostrare la capacità tecnica dell'operatore economico di realizzare l'appalto. Inoltre, 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.", ove il riferimento operato dalla disposizione ai "casi appropriati" e la menzione dei mezzi di prova alternativi al possesso delle richieste certificazioni ben sembrerebbero denotare l'apposizione di un limite funzionale all'autonoma determinazione delle *regulae iuris* da parte delle stazioni appaltanti, i cui margini di apprezzamento vengono ancora una volta ad essere circoscritti dall'esigenza di assicurare effettive condizioni di contendibilità e di apertura concorrenziale del mercato delle pubbliche commesse.

Se si volge l'attenzione alle disposizioni precettive recate dalle previgenti direttive europee, il contemperamento dei margini di apprezzamento discrezionale alle prime riservato con gli obiettivi di concorrenzialità si evidenzia limpidamente.

Sebbene la decisione commessa all'amministrazione aggiudicatrice circa l'*an* dell'indizione, involgendo il contemperamento tra l'interesse pubblico primario e gli interessi pubblici secondari ed ulteriori con il primo eventualmente confliggenti¹²⁶ resti attività libera, tale potestà di apprezzamento e la latitudine delle facoltà a quella riconosciute vengono ad essere ridimensionate con riguardo alla specificazione del *quid, id est* alla determinazione del contenuto contrattuale e alla descrizione delle prestazioni, conformandone l'esercizio all'osservanza degli imperativi di apertura concorrenziale delle procedure di affidamento e, precipuamente, di trasparenza procedurale declinati nell'ottica della garanzia dell'effettiva promozione del *favor participationis*.

Obiettivi la cui realizzazione avrebbe potuto essere ostacolata dal riconoscimento di una incondizionata libertà di determinazione delle prestazioni, atta a tradursi nella modulazione dell'oggetto in guisa da consentire solo ad un ristretto novero di operatori economici di offrire soluzioni tecniche atte a soddisfare le caratteristiche richieste dalle amministrazioni, In altri termini, se le amministrazioni aggiudicatrici godono di un considerevole spazio di libertà in relazione all'identificazione delle esigenze da soddisfare attraverso l'indizione della procedura, la latitudine degli apprezzamenti in punto di articolazione delle caratteristiche oggettive e funzionali delle prestazioni richieste, quali esplicitate dalla *lex specialis* di gara, rinviene un limite ed un criterio orientatore nell'esigenza di assicurare la realizzazione di condizioni di concorrenza effettiva in relazione alle singole procedure da bandire.

È significativo che il Legislatore euronitario, parzialmente innovando le soluzioni inaugurate dalla previgente disciplina, abbia riservato una attenzione ancor più capillare ai profili involgenti l'articolazione delle specifiche tecniche. Se già la previgente disciplina aveva codificato il principio di equivalenza funzionale delle soluzioni offerte dai partecipanti rispetto alle caratteristiche delle prestazioni quali definite dalle specifiche tecniche, restringendo l'ampiezza degli apprezzamenti tecnico-discrezionali rimessi al seggio di gara quanto alla valutazione di conformità delle prestazioni prive delle prefate caratteristiche, ma idonee ad assolvere le funzioni alle quali esse fossero destinate dall'amministrazione aggiudicatrice, la

¹²⁶ Che si può ritenere si sostanzia nell'esercizio di una potestà discrezionale di matrice pura.

disciplina sul punto riveniente¹²⁷ dalle direttive unificate del 2004 segna un cambiamento di rotta. All'incremento dei margini di flessibilità commessi alle amministrazioni in punto di valorizzazione delle caratteristiche e delle "prestazioni" ambientali dell'oggetto del contratto si accompagna, in funzione di temperamento, il più pressante riconoscimento del principio di equivalenza funzionale, destinato a ricevere applicazione generalizzata, a prescindere da rimandi in seno alla *lex specialis* di gara e in relazione a qualsivoglia modalità di formulazione delle specifiche tecniche. Una valenza armonizzatrice ulteriormente rafforzata dal limite della necessaria conoscibilità ed accessibilità del contenuto delle specifiche tecniche da parte degli operatori economici.

Il *proprium* delle disposizioni recate dalla previgente direttiva è da ravvisarsi nell'estensione delle metodologie concretamente disponibili per le amministrazioni aggiudicatrici. Se il riferimento alle norme tecniche dal carattere non vincolante adottate da organismi certificati internazionali, europee e nazionali¹²⁸, poteva dirsi immanente alla precedente regolazione, maggior peso sembra dover essere ascrivito alle ulteriori metodologie concernenti la formulazione delle specifiche tecniche indicative del contestuale accrescimento dei margini di valutazione e dell'altrettanto rilevante necessità di contemperamento con la realizzazione di condizioni di contendibilità della commessa. L'estensione della latitudine delle potestà di apprezzamento, più che nella facoltà di rimando a standard e norme tecniche *aliunde* definiti, sembra piuttosto risiedere nel riconoscimento della formulazione delle specifiche tecniche alla stregua di requisiti funzionali o di prestazioni, attraverso l'indicazione delle finalità avute di mira precipuamente ove l'articolazione delle specifiche tecniche non assuma forme "miste". In relazione alle ipotesi *de quibus*, sebbene la formulazione delle caratteristiche dell'oggetto del contratto in termini di obiettivi funzionali sembri privilegiare tanto le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice, quanto quelle degli offerenti, non si può tacere dei riflessi che tale articolazione possa mediatamente sortire in punto di compimento del giudizio di valutazione circa tale rispondenza. Il limite rappresentato dalla necessaria e sufficiente precisione dei parametri, si da consentire la determinazione dell'oggetto contrattuale, ben sembrerebbe testimoniare del necessario bilanciamento tra l'autonomia riconosciuta alle amministrazioni aggiudicatrici

¹²⁷ Giovi, al riguardo, richiamare l'art. 23, Dir. 2004/18/CE

¹²⁸ Com'è a dirsi per l'osservanza delle specifiche inerenti gli standard ambientali delle serie UNI ed EN/ISO. Sul punto si vedano E. Chiti, *La normalizzazione*, in S. Cassese (a cura di), *Trattati di diritto amministrativo*, Milano, 2003, p.s.4003 ss, nonché F. Fracchia e M. Occhiena, *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*, Milano, 2006.

nell'integrazione delle considerazioni di carattere ambientale e la garanzia della concorrenzialità della singola commessa, meglio rafforzata dal richiamo al rispetto del principio di equivalenza per le ipotesi di conformità delle prestazioni offerte a norme tecniche atte a recepire i requisiti funzionali previsti dalla lex di gara.

Del pari foriera di problematicità, l'ulteriore innovazione in punto di possibilità di riferimenti integrali o parziali, nella stesura delle specifiche tecniche, a marchi di qualità ecologica od etichettature, oggetto di adesione volontaria da parte degli interessati¹²⁹. Il riconoscimento di tale facoltà sembrerebbe essere stato mitigato dall'apposizione di condizioni, atte a ribadire la primazia delle istanze di partecipazione e di non discriminazione dei potenziali offerenti, attraverso il rimando alla congruenza delle specifiche tecniche concernenti l'etichettatura con l'oggetto del contratto ed all'accessibilità per gli interessati. Tematiche la delicatezza e le implicazioni connesse alle quali, in punto di perimetrazione degli offerenti, sono state lucidamente evidenziate dall'elaborazione giurisprudenziale successiva all'entrata in vigore delle direttive dianzi menzionate.

Ci si riferisce alle statuizioni rese dalla Corte di Giustizia nella pronuncia *Commissione contro Regno dei Paesi Bassi*, relativa ad una procedura di aggiudicazione di un appalto di forniture, in cui tanto l'articolazione delle specifiche tecniche, quanto l'individuazione dei criteri di aggiudicazione, erano stati modulati con la menzione di un marchio di qualità.

La Corte di Giustizia, muovendo dall'interpretazione sistematica delle disposizioni di cui all'art. 23, par. 6, alla luce del precedente art. 2, Dir.2004/18/CE¹³⁰, ha delineato i limiti che

¹²⁹Per un'articolata ricostruzione della parabola evolutiva dei marchi di qualità ecologica, sia consentito rinviare a M. Calabrò, *Le certificazioni di qualità di prodotto quali fattori di competitività per il made in Italy*, in *Foro Amm. TAR*, 2009, 9., nonché, più di recente, A. Redi, *L'Ecolabel al crocevia tra ambiente e sviluppo*, in *Riv. quadr. dir. ambiente*, 2020, 2.

¹³⁰ Significative, in tale prospettiva, le affermazioni formulate ai punti 62-64 della motivazione: " *Occorre rammentare che, ai sensi dell'articolo 2 della direttiva 2004/18, che stabilisce i principi di aggiudicazione degli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza. Tali principi rivestono un'importanza determinante per quanto riguarda le specifiche tecniche, in considerazione dei rischi di discriminazione connessi sia alla scelta di queste ultime, sia al modo in cui sono formulate. Infatti l'articolo 23, paragrafi 2 e 3, lettera b), e l'ultima frase del 29o considerando della direttiva 2004/18 sottolineano che le specifiche tecniche devono consentire pari accesso agli offerenti e non devono comportare la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza, che esse devono essere sufficientemente precise da consentire agli offerenti di determinare l'oggetto dell'appalto e alle amministrazioni aggiudicatrici di aggiudicarlo, e che devono essere chiaramente indicate, affinché tutti gli offerenti siano al corrente degli aspetti coperti dai requisiti fissati dall'amministrazione aggiudicatrice. È segnatamente alla luce di tali considerazioni che occorre interpretare l'articolo 23, paragrafo 6, della direttiva 2004/18. 63 Deriva dal testo del primo comma di tale disposizione che, per quanto riguarda i requisiti relativi a caratteristiche ambientali, quest'ultimo riconosce alle amministrazioni aggiudicatrici la facoltà di utilizzare le specifiche dettagliate di un'ecoetichettatura, ma non un'ecoetichettatura in quanto tale. Il requisito della precisione contenuto nell'articolo 23, paragrafo 3, lettera b), della direttiva 2004/18, al quale fa riferimento il paragrafo 6 del citato articolo, è illustrato nell'ultima frase del 29o considerando di quest'ultima osta ad un'interpretazione estensiva della citata disposizione. 64 Certamente, al fine di facilitare la verifica del rispetto di un siffatto requisito, il secondo comma di tale articolo 23, paragrafo 6, consente inoltre alle amministrazioni aggiudicatrici di precisare che i prodotti muniti dell'ecoetichettatura di cui hanno utilizzato le specifiche dettagliate sono presunti conformi alle specifiche di cui trattasi. Tale secondo comma non estende tuttavia la portata del primo comma del citato articolo 23, paragrafo 6, dal momento che consente di utilizzare l'ecoetichettatura stessa solo in modo secondario, a titolo di prova che siano soddisfatte le «specifiche tecniche definite nel capitolato d'oneri».*"

L'amministrazione incontra in tale modulazione¹³¹ circoscrivendo tale facoltà ai requisiti in cui si sostanziasse l'ecoetichettatura e ribadendo l'operatività del principio di equivalenza, con assunzione dei principi di non discriminazione e di parità di trattamento al rango di principi atti a conformare l'esercizio delle valutazioni tecniche commesse alle amministrazioni indicenti.

La necessaria sussistenza di un collegamento tra l'oggetto del contratto ed il riconoscimento della legittimità della previsione di clausole in seno alla *lex specialis* di gara mediamente volte a garantire il perseguimento di finalità di protezione ambientale, nell'ottica della garanzia della parità di trattamento tra gli offerenti, a contraltare dell'indiscriminata massimizzazione della tutela delle risorse naturali, costituisce la cifra della disciplina, destinata ad incidere sui diversi segmenti procedurali e sulla stessa fase di esecuzione, susseguente all'aggiudicazione definitiva.

La considerazione delle istanze di preservazione delle risorse naturali può assumere valore scriminante in punto di determinazione dei requisiti di capacità tecnica da soddisfare ai fini dell'ammissione al confronto competitivo, richiedendo il contemperamento tra esse e l'interesse serbato dagli operatori economici alla partecipazione alla procedura concorsuale.

Il legislatore sovranazionale aveva contemplato la facoltà di menzionare tra i requisiti di capacità tecnica l'indicazione delle norme di gestione ambientale da applicare nel corso dell'esecuzione, circoscrivendo i mezzi di prova richiedibili dall'amministrazione aggiudicatrice nell'ottica della garanzia della trasparenza procedurale e del *favor participationis*. Sia sufficiente anticipare come le norme di gestione ambientale, sostanziandosi nell'individuazione degli impatti derivanti dall'esercizio dell'attività e nell'applicazione di misure finalizzate a contenere la produzione di effetti negativi significativi sulle risorse ambientali, orientino la conduzione dell'organizzazione produttiva alla conformità alle norme tecniche elaborate da organismi di normalizzazione riconosciuti. Dal tenore delle disposizioni si comprende come l'esercizio della potestà rinvenga un duplice limite, compendiabile nell'osservanza del canone di proporzionalità dell'azione amministrativa.

¹³¹ Per una compiuta ricostruzione delle disposizioni in merito di specifiche tecniche, con particolare riguardo alla possibilità dell'inclusione, in seno ad esse, di prescrizioni tecniche preordinate alla tutela dei valori ambientali sia consentito rinviare a R. Invernizzi, *Specifiche tecniche*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis e R. Garofoli, *Trattato sui contratti pubblici*, III, Milano, 2008, R. Caranta, *Sustainable public procurement in the EU Law*, in S. Treumer e M. Trybus (eds) *The law of green and social procurement in Europe*, Copenhagen, 2010, specie 28 ss, M. Burgi *Specifications*, in M. Trybus, R. Caranta e G. Edelstam *Eu Public Contract Law. Public procurement and beyond*, Bruxelles, 2014, 37 ss.

Dalla menzione ai soli “casi appropriati” sembra possibile dedurre un ulteriore indice della legittimità della previsione delle medesime limitatamente alle ipotesi in cui la richiesta di soddisfazione di tali requisiti sia preordinata a denotare la capacità dell’operatore economico in relazione alla corretta esecuzione della commessa ovvero ove sia ravvisabile un legame tra la previsione del requisito e l’esigenza di tutela e di preservazione delle risorse naturali potenzialmente pregiudicate dall’esecuzione della commessa.

Dall’altro, con riguardo ai mezzi di prova, un vincolo alle valutazioni dell’amministrazione sembrerebbe ravvisabile nell’ulteriore richiamo al principio di equivalenza tra le certificazioni difformi rispetto quelle nominativamente richieste dalla *lex* di gara ed, a fortiori, nel riconoscimento della facoltà in capo agli operatori economici di fornire *aliunde* la dimostrazione della conformità delle misure di contenimento ambientale adottate dalla propria organizzazione produttiva alle norme di gestione ambientale prodotte dagli organismi riconosciuti, anche nelle ipotesi di mancato possesso delle certificazioni.

Recependo le osservazioni formulate dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea, le direttive unificate del 2004, pur ponendosi in linea di continuità con l’impianto della previgente legislazione, sembrerebbero aver superato gli intenti dell’originaria disciplina, come testimonia la ricomprensione delle caratteristiche ambientali delle soluzioni progettuali offerte dai partecipanti nel novero dei criteri, elementi e parametri da valutare ai fini dell’individuazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa, senza mancare di circondare l’ambito delle valutazioni commesse, orientandoli all’osservanza dei principi di proporzionalità, non discriminazione, trasparenza e parità di trattamento tra gli offerenti.

Dall’esegesi delle disposizioni di cui all’art. 53 alla luce di quanto espresso nel considerando n. 46, si desume che i margini di apprezzamento rinvergono un limite non solo in relazione all’afferenza dei criteri e parametri di valutazione alla natura delle prestazioni dedotte in contratto ma anche nella conformazione dei criteri di aggiudicazione e nella determinazione della ponderazione attribuibile a ciascun criterio, soggetta ai vincoli di ragionevolezza e di proporzionalità, giacché chiamata a dimostrare l’idoneità dei criteri selettivi stabiliti a garantire una valutazione globale sulla convenienza delle soluzioni proposte.

Se le direttive di terza generazione avevano esplicitamente codificato la necessaria afferenza all’oggetto contrattuale, è d’uopo porre in rilievo come detto connotato, nell’elaborazione pretoria successiva, sia stato declinato in un’accezione parzialmente difforme, in parte

preludendo alle soluzioni codificate all'esito del processo di revisione del previgente pacchetto di direttive in materia di public procurement, in parte sviluppando ulteriormente gli orientamenti pretori.

Si segnalano le conclusioni rassegnate nella dianzi menzionata pronuncia resa nella controversia *Commissione contro Regno dei Paesi Bassi*, ove, muovendo dalla *ratio* delle disposizioni concernenti la funzione dei criteri di aggiudicazione e dalla ricognizione dei parametri sottesi alle etichettature, la Corte di Giustizia ha ritenuto che la previsione di tali elementi nella lex di gara fosse idonea ad integrare le caratteristiche ambientali e sociali che, a norma dell'art. 53, avrebbero potuto costituire elementi ai quali ancorare la valutazione in punto di determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ponendo in rilievo la possibilità di assumere una metodologia di produzione determinata come caratteristica ambientale dell'oggetto, per quanto non destinata a riverberarsi immediatamente sulla prestazione e sancendo la legittimità della previsione di criteri di valutazione orientati alla valorizzazione ed alla soddisfazione delle istanze sociali travalicanti le esigenze concretamente avute di mira dall'amministrazione aggiudicatrice.

Ciò che ha indotto taluni autori¹³² a ritenere che si sia aperta la via alla dilatazione della nozione di *collegamento con l'oggetto del contratto*, la cui interpretazione rigida e restrittiva è stata additata come limite all'effettivo perseguimento di *secondary policies* mediante il ricorso allo strumento contrattuale¹³³ ma il cui eccessivo temperamento potrebbe tradursi nell'imposizione di condizioni irragionevoli per incrementare le *chances* di aggiudicazione, senza tralasciare i riflessi che potrebbe sortire sull'ampliamento dei margini di valutazione commessi al seggio di gara, con inevitabili conseguenze in punto di sindacabilità dei giudizi espressi.

Il *proprium* del previgente impianto, accanto al richiamo alle esigenze di flessibilità e di modernizzazione dell'originaria disciplina era da ravvisarsi nell'estensione della possibilità di integrazione di considerazioni ambientali alla generalità delle fasi della procedura di affidamento, legittimando l'inserimento di condizioni relative all'esecuzione delle prestazioni dedotte in contratto, orientando alla protezione di tali beni giuridici l'adempimento. In

¹³² Così, in particolare R. Caranta, *Sustainable Procurement*, in M. Trybus, R. Caranta e G. Edelstam, *EU Public Contract Law. Public Procurement and Beyond*, Bruxelles, 2014, 165 ss.

¹³³ Così, in particolare, A. Semple, *The link to the subject matter. A glass ceiling for sustainable public contracts?* in B. Sjöfjell e A. Wiesbrock (eds) *Sustainable Public Procurement Under the EU Law. New Perspectives on the State as Stakeholder*, Cambridge, 2015, specie 66 ss ove si pongono in rilievo i potenziali limiti connessi ad una rigida interpretazione del concetto di connessione con l'oggetto contrattuale dei criteri ambientali e sociali integrati nel regolamento contrattuale. Nel medesimo ordine di idee M. Martens e S. de Mergerie, *The link to the Subject-Matter of the contract in Green and Social Procurement*,

relazione a tale ultima previsione, sebbene il temperamento non sia stato esplicitato attraverso l'estensione del collegamento con l'oggetto della commessa, il rimando all'osservanza dei principi generali, in combinato con la riferibilità di tali clausole alle modalità di esecuzione delle prestazioni dedotte, costituisce un indice per ravvisare anche in relazione a queste la sussistenza di un vincolo, sia pur meno stringente di rispetto la natura e le caratteristiche delle prestazioni dedotte in contratto, specie ove si consideri che l'imposizione di condizioni ulteriori legate all'esecuzione del contratto si traduca nell'incremento dei costi da sostenere e da valutare ai fini della determinazione dell'importo a base di gara.

Se ciò non vale a legittimare l'adozione di provvedimenti di esclusione nei confronti dei partecipanti al confronto competitivo, potrebbe, nondimeno, tradursi in un'eccessiva perimetrazione della platea dei potenziali offerenti, molti dei quali potrebbero essere distolti dalla partecipazione alla valutazione degli ulteriori costi da sopportare nella fase di esecuzione del rapporto contrattuale, potenzialmente idonei a comprimere il margine di utile ricavabile dall'aggiudicazione della commessa.

Del resto, il rimando a un collegamento con l'oggetto del contratto, declinato nella prospettiva delle regole tecniche di adempimento delle prestazioni è stato chiaramente delineato dalle vigenti direttive. Se, con riguardo alle istanze di tutela ed inclusione sociale le condizioni accessorie legate all'esecuzione paiono chiaramente determinabili¹³⁴, più vario apparirebbe *prima facie* il ventaglio delle possibilità offerte alle amministrazioni aggiudicatrici nella prospettiva del perseguimento di esigenze di tutela ambientale. A titolo esemplificativo, la Commissione ha individuato nell'indicazione di determinate modalità¹³⁵ per la consegna o nella definizione dei materiali di imballaggio¹³⁶ delle forniture oggetto del contratto elementi che potessero essere presi in considerazione in virtù della correlazione al contenimento delle emissioni inquinanti.

¹³⁴ In quanto destinate nella maggior parte dei casi ad assumere la forma dell'obbligo di assunzione di disoccupati di lungo periodo ovvero di riassorbimento di parte del personale in precedenza impiegato dall'aggiudicatario uscente.

¹³⁵ Si veda, in particolare, Commissione Europea, *Acquistare verde! Un manuale sugli appalti pubblici ecocompatibili*, 2005, punto 6.3.

¹³⁶ Commissione Europea, *Acquistare verde! Un manuale sugli appalti pubblici ecocompatibili*, 2005, punto 6.2.

5. *Le Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE e la sostanziale equiordinazione delle esigenze di sostenibilità ambientale con l'originaria matrice pro-competitiva: una prima analisi dell'articolato.*

Il rilievo dell'esistenza di ostacoli di ordine pratico¹³⁷, prima ancora che giuridico, all'integrazione dell'interesse ambientale nelle procedure preordinate all'affidamento delle pubbliche commesse, quale arguibile dal circoscritto rilievo che, in relazione alla generalità dei contratti aggiudicati, ha assunto la conclusione di *green procurement*¹³⁸, non sembrerebbe aver tuttavia sortito effetto alcuno sulla successiva evoluzione disciplinare, culminata nell'entrata in vigore delle recenti Direttive nn. 23, 24 e 25 del 2014.

Queste ultime sembrerebbero aver portato a compimento il percorso inaugurato dalle previgenti direttive unificate, ulteriormente sviluppato dall'elaborazione giurisprudenziale successiva all'entrata in vigore di quelle, evidenziando in misura ancor più marcata non soltanto la legittimità dell'integrazione di considerazioni orientate al perseguimento di obiettivi di tutela ambientale nella conduzione del procedimento ma l'esistenza di un nesso di strumentalità tra l'aggiudicazione e l'effettivo perseguimento di interessi pubblici ulteriori e trascendenti l'interesse pubblico finale all'esecuzione della commessa.

Attraverso il riconoscimento di un sempre crescente spazio alla valorizzazione dell'impatto della contrattualistica pubblica sull'attuazione di misure con diversa profondità orientate all'inclusione sociale¹³⁹ sembrerebbero essere state gettate le basi per il riavvicinamento delle

¹³⁷ Interessanti, al riguardo, le osservazioni formulate dalla Commissione Europea nell'ormai risalente comunicazione 2008 COM (400), *Gli appalti pubblici per un ambiente migliore*, punto 1.4, ove si legge che "Fino ad oggi il potenziale del GPP è stato sfruttato solo parzialmente. All'inizio del 2008 solo 14 Stati membri avevano adottato piani di azione nazionali (altri 12 stanno lavorando all'adozione di un piano o di una strategia). Gli ostacoli principali a un maggiore utilizzo di tale tipo di appalti sono i seguenti: i criteri ambientali stabiliti per i prodotti/ servizi sono scarsi e, quando esistono, i meccanismi (es. basi dati) per pubblicizzarli sono spesso insufficienti; le informazioni sul calcolo del costo dei prodotti per tutto il ciclo di vita e i costi relativi di prodotti/ servizi non nocivi per l'ambiente sono insufficienti; la consapevolezza quanto ai vantaggi di prodotti e servizi non nocivi per l'ambiente è ridotta; c'è incertezza sulle possibilità giuridiche di inserire criteri ambientali nei documenti di gara; mancano il sostegno politico e, di conseguenza, le risorse per l'attuazione/promozione del GPP (in particolare è necessario migliorare la formazione); manca uno scambio coordinato delle migliori pratiche e informazioni fra regioni e amministrazioni locali".

¹³⁸ Evenienza, questa, almeno in parte arguibile dal circoscritto rilievo che, in relazione alla generalità dei contratti aggiudicati dagli enti pubblici, soprattutto in talune realtà ordinamentali, hanno assunto la conclusione di *green procurement*, soltanto parzialmente imputabile a resistenze di ordine ideologico ovvero all'espressione di una deminutio di tutela nei confronti delle istanze di sostenibilità ambientale, rinvenendo, di contro, la propria ragion d'essere nella consapevolezza delle difficoltà intrinsecamente connesse all'ardua ricomposizione degli interessi e delle istanze in gioco.

¹³⁹ In ciò discostandosi significativamente non soltanto dall'originario impianto delle direttive di prima e di seconda generazione ma anche rispetto quanto prescritto dal proprio più immediato antecedente legislativo, le prescrizioni recate dal quale si

posizioni emerse nei singoli ordinamenti nazionali in punto di utilizzo del contratto in chiave di strumento per l'attuazione di politiche pubblicistiche, rispetto i vincoli derivanti dall'appartenenza all'ordinamento sovranazionale. Particolarmente emblematico, in tale prospettiva, sembrerebbe rivelarsi l'esempio tracciato nell'ordinamento nazionale. Sebbene le tendenze mostrate dalle amministrazioni nazionali nel vigore della legislazione sull'unificazione amministrativa del Regno d'Italia ed in materia di contabilità pubblica- e nelle stratificazioni che ne hanno determinato, l'integrale mutamento- all'utilizzo del contratto quale strumento finalizzato alla modernizzazione ed industrializzazione del Paese,¹⁴⁰ sembrassero *prima facie* confliggenti con i precetti sui quali il mercato interno e la disciplina chiamata a regolare l'aggiudicazione delle pubbliche commesse si fondano, tali considerazioni sembrerebbero dover essere rivedute alla luce dell'odierno quadro disciplinare.

Ciò che costituisce, al contempo, una testimonianza della progressiva affermazione di una più complessa concezione delle *secondary policies*, la declinazione assunta dalle quali nell'attuale impianto regolatorio sembra denotarne l'affrancamento dalla posizione di ancillarità tanto rispetto la concreta realizzazione del *primary objective*¹⁴¹ immediatamente correlato all'aggiudicazione, quanto in relazione agli obiettivi ed alle finalità avute di mira dalle disposizioni atte a disciplinarne la scansione e la modulazione- che, pur di recente, avrebbe potuto tradursi in una considerazione delle medesime in guisa di ostacoli all'affermazione del principio di concorrenza¹⁴², per condurre all'equiordinazione delle istanze pro-competitive con l'aspirazione alla sostenibilità dei modelli di produzione e di consumo¹⁴³.

connotavano per il perimetrare entro ben più angusti margini le possibilità di integrazione di politiche orizzontali c.d. sociali nel procedimento contrattuale.

¹⁴⁰ In particolare incentrato sulla realizzazione di opere infrastrutturali quale mezzo per il miglioramento dei livelli occupazionali, specie in talune circoscritte aree del Paese.

¹⁴¹ Sulle nozioni di *primary* e *secondary objective*, sia consentito rinviare a da S. Arrowsmith e P. Kunzlik, *Social and environmental policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*, cit.

¹⁴² Per una compiuta rassegna dei potenziali ostacoli alla massima realizzazione di condizioni di concorrenza nel mercato delle pubbliche commesse intimamente conseguenti all'integrazione di considerazioni di matrice ambientale o sociale, sia consentito rinviare ad A. Sanchez de Graells, *Public procurement and EU competition rules*, first ed., Oxford, 2011, 185, ove si osserva: "Taking into consideration environmental and social issues that present loose links to the object of the contract, or any other non-economic issues, should be considered 'domestic secondary policies' and, hence, made subject to stricter proportionality analysis. [...] Given the core nature of competition as an EU economic policy, it is submitted that competition considerations should take precedence over national non-economic policies whose effects impair or jeopardise the goals set at the EU level (that is policies that which restrict or distort competition in internal market)"

¹⁴³ Osserva, al riguardo, S. Valaguzza, *Sustainable development in public contracts. An example of Strategic Regulation*, Napoli, 2016, 98 "Public contracts' market, despite taking into consideration the competition among the offerors, is strongly influenced by non-competitive elements, deriving from the implementation of typically publicistic goals, in relation to which competitiveness becomes a recessive value [...] This occurs as the competition, in the public contracts' market, is not intended as the guiding value to be pursued and maximized, but is likely to be balanced with other principles, equally (if not more) important, which nowadays are involved in the arena of sustainable development". In termini analoghi A. Di Giovanni, *L'ambiente sostenibile* cit. 179, ove l'autrice, muovendo dalle innovazioni disciplinari conseguenti alla codificazione di criteri di aggiudicazioni improntati al calcolo delle esternalità indirettamente rivenienti dall'aggiudicazione della commessa, ha inferito

Seguendo una tendenza che ha appresentato una costante delle evoluzioni disciplinari sul versante sovranazionale, è nei molteplici atti di soft law che hanno preceduto l'opera riformatrice e della legislazione secondaria che vanno rintracciate le motivazioni di ordine politico ed economico, che hanno giustificato la revisione del previgente impianto normativo e degli obiettivi ispiratori della nuova regolazione.

Benché, con riguardo all'integrazione dell'interesse ambientale taluni indici verso una più compiuta valorizzazione del medesimo in relazione alle politiche di acquisto dei pubblici poteri fossero desumibili dalla *ratio* di talune disposizioni recate da normative settoriali introdotte nel vigore della previgente disciplina al fine di orientare in maniera più consistente tali approvvigionamenti alle esigenze di sostenibilità ambientale¹⁴⁴, ancor più significative—considerando l'estensione dell'ambito delle valutazioni latamente discrezionali ed il rimando ad una visione organica della generalità delle politiche orizzontali, idonea a scalfire l'idea di una gerarchia tra le *collateral policies*¹⁴⁵— sembrerebbero le prese di posizione assunte dalla Commissione Europea in un ampio novero di comunicazioni che hanno costituito il preludio alla definitiva traduzione nelle attuali direttive in materia di pubblici affidamenti.

Ciò che ha del pari propiziato l'emersione di linee interpretative volte a preconizzare la transizione verso l'affermazione di un diverso modello economico¹⁴⁶, in parte destinato a riverberarsi nell'estensione delle competenze ed in un mutamento degli strumenti di azione dell'Unione, rimodulandone, pertanto le funzioni e le finalità¹⁴⁷.

In tale ordine di idee, l'acquisizione della consapevolezza circa la necessità di un utilizzo in chiave strategica delle procedure di appalto, in risposta alle criticità sollevate dalla crisi

l'apertura delle istituzioni eurounitarie ad una diversa declinazione del principio di concorrenza integralmente improntato all'attuazione del principio di sviluppo sostenibile.

¹⁴⁴ Si pensi, in particolare, alle previsioni di cui alla risalente Direttiva 2009/33/CE relativa alla promozione di veicoli puliti e a basso consumo energetico nel trasporto su strada.

¹⁴⁵ Ordine gerarchico limpidamente evidenziato da S. Arrowsmith, P. Kunzlik *Social and environmental policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*, Oxford, 2009, specie Sect. III, ripercorrendo gli approdi della giurisprudenza sovranazionale in merito alla compatibilità comunitaria e, in particolare, alla conformità con i divieti di discriminazione in base alla nazionalità e sulla configurabilità delle stesse alla stregua di c.d. misure di effetto equivalente, delle clausole negoziali orientate all'inclusione sociale rispetto le maggiori aperture riscontrabili in ordine all'integrazione dell'interesse ambientale.

¹⁴⁶ Si veda, in particolare, F. de Leonardi, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici*, in AA.VV. *Annuario di diritto dell'energia 2018*, Bologna, 2018, ove l'adesione al nuovo modello economico assume funzione strumentale alla consacrazione del paradigma dello Stato circolare.

¹⁴⁷ Rimodulazione che, secondo talune voci dottrinali, verrebbe ad investire anche i settori di intervento tradizionalmente ascrivibili alla promozione del *best-value for money* e, in primo luogo, gli stessi vincoli al bilancio degli Stati: interessanti spunti di riflessione, al riguardo, in M. Cocconi, *La regolazione dell'economia circolare, cit.*, specie 107 e 109, ove, nella prospettiva della promozione di condizioni di sviluppo economico, sociale ed industriale sostenibili quale riveniente dall'adesione al paradigma economico dell'economia circolare, l'Autrice rimedita il ruolo della politica di coesione sovranazionale, prospettano, del pari, nel riconoscimento di una maggiore flessibilità in capo agli Stati membri un prioritario strumento di attuazione del primo.

economica e dal deterioramento delle risorse naturali emergenti sin dal Libro verde sulla modernizzazione dei pubblici appalti, hanno costituito le fondamenta sulle quali edificare un impianto regolatorio che, pur collocandosi nel solco della previgente disciplina, ne denota il superamento, nella misura in cui, spostando l'accento sulla necessità di implementare il catalogo degli istituti concretamente utilizzabili dalle amministrazioni aggiudicatrici per integrare le considerazioni di matrice ambientale e sociale nella conduzione della procedura di aggiudicazione, denotano la trasformazione delle istanze di tutela ambientale da interessi occasionalmente protetti al rango di esigenze prioritariamente avute di mira, integrate agli imperativi di efficienza e competitività del mercato delle pubbliche commesse.

È significativo che la valenza “strategica” potenzialmente assolta dalla procedura contrattuale, sia stata non soltanto a più riprese affermata nei preamboli ma declinata attraverso la revisione delle norme involgenti l'intera articolazione del procedimento contrattuale.

Da questo punto di vista, se quanto disposto dal considerando n. 95 dell'attuale direttiva sull'aggiudicazione nei settori ordinari sembra ricalcare pedissequamente, tanto nella formulazione, quanto nel contenuto, il *considerando* n. 5 alla previgente direttiva, il riconoscimento della strumentalità della contrattualistica alla realizzazione di condizioni di crescita sostenibile ed inclusiva sembrerebbe innovare il previgente impianto, costituendo una chiave di lettura dell'incremento della latitudine della facoltà di integrazione delle considerazioni ambientali riconosciuta in capo alle amministrazioni, potenzialmente destinata a scontrarsi con la tutela delle posizioni giuridiche attive vantate dai partecipanti al confronto competitivo. L'affievolimento del carattere di eccezionalità correlato al perseguimento degli obiettivi di contenimento delle esternalità ambientali attraverso il ricorso al modulo contrattuale accresce la complessità della procedura, con riguardo alla definizione dei termini entro cui debba avvenire il bilanciamento tra gli interessi pubblici che ne intercettano l'indizione e l'esecuzione, riverberandosi sui confini delle valutazioni tecniche rimesse alle amministrazioni aggiudicatrici.

Il che rende ragione dell'apposizione di condizioni atte a garantire l'osservanza degli imperativi di imparzialità e di parità di trattamento tra gli offerenti, con modulazioni diverse in relazione alle singole fasi in cui la procedura di aggiudicazione si dispieghi.

Con particolare riguardo al segmento procedurale concernente la determinazione delle specifiche tecniche, è d'uopo porre in rilievo come le nuove direttive abbiano ulteriormente incrementato la libertà di manovra commessa agli enti aggiudicatori.

Se un elemento di continuità può essere ravvisato nella valorizzazione delle specifiche tecniche formulate in guisa di requisiti funzionali¹⁴⁸, è significativo che l'attuale disciplina legittimi l'indicazione di caratteristiche non immediatamente correlate alla prestazione, imperniando la definizione delle specifiche tecniche sulle metodologie di produzione del bene o della prestazione dedotta, in ogni fase del ciclo di vita. Ciò che contribuisce ad inaugurare un'interpretazione estensiva della nozione di oggetto del contratto.

Se l'assenza di una connessione tra tali caratteristiche e l'incidenza sulla configurazione delle prestazioni appare condivisibile, ove estensivamente interpretata potrebbe riverberarsi in una eccessiva perimetrazione della platea degli offerenti, vanificando gli obiettivi di massima partecipazione. È muovendo dall'esigenza dalla preclusione di distorsioni dell'assetto del mercato dei pubblici affidamenti potenzialmente conseguenti all'indiscriminata massimizzazione delle istanze di tutela ambientale o sociale indirettamente connesse all'oggetto dell'affidando contratto, che si giustificano i temperamenti apposti a tale incremento dei margini di apprezzamento discrezionale, costituenti anch'essi un'innovazione rispetto quanto desumibile dal previgente impianto regolatorio.

Il riferimento al collegamento delle specifiche tecniche concernenti profili non incorporati nelle prestazioni rispetto l'oggetto della commessa, per quanto idoneo a limitare l'effettività del perseguimento delle istanze di tutela ambientale e l'indiscriminato utilizzo del modulo contrattuale per perseguire generalissimi obiettivi di preservazione ambientale trascendenti la singola commessa, rinviene giustificazione nell'esigenza di garantire l'accessibilità delle procedure soprattutto per gli operatori economici di minori dimensioni e la parità di trattamento tra gli offerenti, come testimonia il richiamo alla proporzionalità al valore della commessa.

La delicatezza del contemperamento delle istanze orientate alla realizzazione degli obiettivi di sostenibilità ambientale con la garanzia dell'apertura concorrenziale del mercato e la

¹⁴⁸ E dunque, in via indiretta, nella consacrazione dell'indiscriminata operatività del principio di equivalenza funzionale, idoneo a coniugare la garanzia della massima accessibilità e contendibilità delle procedure di affidamento con l'altrettanto pressante esigenza di una valorizzazione di soluzioni tecniche in linea di principio orientate al contenimento degli impatti ed al miglioramento delle prestazioni ambientali relative ai beni o ai servizi dedotti in contratto

determinazione dei confini dell'autonomia negoziale delle amministrazioni sembrano evidenziate dalle innovazioni arrecate dalla vigente disciplina con particolare riguardo al richiamo di eco-etichette o marchi di qualità ecologica nella redazione delle specifiche tecniche. Sebbene tale facoltà fosse in *nuce* contemplata dalla previgente disciplina, il nuovo impianto appare orientato alla semplificazione degli oneri procedurali incombenti in capo alle amministrazioni, valorizzando il ruolo delle specifiche tecniche e delle etichettature che le incorporino quale efficace strumento operativo per l'integrazione dell'interesse ambientale nella procedura contrattuale¹⁴⁹. Le disposizioni rivenienti dalle direttive in vigore sembrerebbero condurre ad ulteriore sviluppo le conclusioni rassegnate dall'elaborazione pretoria facoltizzando, in luogo del richiamo ai requisiti per il conseguimento dell'etichettatura, l'indicazione nominativa del marchio ovvero dei marchi di qualità ecologica destinati ad assumere valenza probatoria sulla rispondenza delle soluzioni tecniche offerte ai requisiti previsti dalla *lex specialis*. Se l'attuale regolazione condivide con la precedente la finalità di prevenire l'adozione di decisioni sproporzionate ed arbitrarie, condizionando tale facoltà alla proporzionalità ed all'afferenza dei requisiti relativi al marchio rispetto all'oggetto della commessa¹⁵⁰ e all'accessibilità dell'etichettatura alle parti eventualmente interessate, un elemento di criticità sembra ravvisabile nella compressione del principio del *favor participationis*¹⁵¹ desumibile da un'interpretazione distonica del tenore della disposizione di cui al par.1, ultimo periodo dell'art. 43. La disposizione, nel condizionare la valutabilità di mezzi di prova alternativi alla dimostrazione dell'impossibilità di conseguire le prescritte etichettature e, al contempo e alla non imputabilità del mancato ottenimento, potrebbe indurre ad interrogarsi circa i riflessi da questa sortiti sull'effettiva garanzia di accesso al mercato delle pubbliche commesse da parte degli operatori economici e sulla latitudine degli apprezzamenti commessi all'amministrazione aggiudicatrice in punto di valutazione della sussistenza delle

¹⁴⁹ Valorizza il ruolo proattivo e competitivo delle ecoetichettature . Caranta, *Labels as enablers of sustainable procurement*, in B. Sjöfjell e A. Wiesbrock, *Sustainable Public Procurement under EU Law. New perspectives on the State as a Stakeholder*, Cambridge, 2015.

¹⁵⁰ Il necessario collegamento con l'oggetto del contratto sembrerebbe essere rafforzato con particolare riguardo all'impiego delle eco-etichettature nella stesura delle specifiche tecniche: in particolare, un limite alla generalizzata utilizzabilità dei marchi di qualità ecologica al fine della descrizione delle prestazioni dedotte in contratto è rinvenibile nella disposizione dettata dall'art. 43, par 2., nella parte in cui, nel precludere la possibilità di un integrale richiamo alle eco-etichette ove queste si fondino su requisiti ultranei e che esulino dalle caratteristiche delle prestazioni dedotte in contratto, opportunamente modulando l'ampiezza delle valutazioni tecniche commesse all'amministrazione aggiudicatrice, correla in maniera piuttosto evidente l'afferenza all'oggetto del contratto con la garanzia dell'effettiva competitività e contendibilità della procedura di gara.

¹⁵¹ In tal senso, sia pur evidenziando l'idoneità dell'elastica formulazione della disposizione e, segnatamente, dell'ancoraggio agli esigui termini fissati dalla *lex specialis* di gara della valutazione circa l'esistenza della condizione concernente l'impossibilità del conseguimento dell'eco-etichettatura, a temperarne i possibili effetti di restrizione della platea degli offerenti, R. Caranta, *Labels as enablers of sustainable procurement*, in B. Sjöfjell e A. Wiesbrock, *Sustainable Public Procurement under EU Law. New perspectives on the State as a Stakeholder*, Cambridge, 2015, 110.

condizioni legittimanti l'ammissione di mezzi di prova alternativi. Interrogativi del medesimo tenore, involgenti l'ampiezza e la consistenza dei margini di apprezzamento commessi alla commissione di gara, sembrerebbero altresì permeare le ulteriori disposizioni preordinate all'integrazione dell'interesse ambientale nelle fasi relative alla perimetrazione della platea degli offerenti attraverso la previsione di requisiti di idoneità e di qualificazione alla singola procedura di gara.

Riproducendo la disciplina relativa all'utilizzo delle eco-etichettature, le disposizioni sulle certificazioni inerenti il possesso di sistemi di gestione ambientale, pur ribadendo tanto la garanzia dell'imparzialità, quanto l'operatività del principio di equivalenza, nel condizionare alla dimostrazione dell'impossibilità di accesso e di non imputabilità la prova equivalente, sembrerebbe prestarsi a ricevere applicazioni atte a limitare le concrete possibilità di aggiudicazione della commessa, conducendo ad una ipostatizzazione delle esigenze di sostenibilità ambientale a discapito delle istanze di massima partecipazione ed apertura del confronto competitivo.

Ci si potrebbe interrogare sul se l'aver perseguito il miglioramento delle prestazioni ambientali degli aspiranti alla partecipazione incentivando l'acquisizione di certificazioni di qualità non inibisca il canone del *favor participationis* e sulla preferibilità di soluzioni che si limitassero a riservare all'amministrazione valutazioni tecniche sulle misure di gestione e di contenimento degli impatti ambientali, pur con le inevitabili complicazioni in termini di incremento degli oneri documentali in capo ai partecipanti e di frizione con il divieto di aggravio del procedimento. Interrogativi destinati ad accrescere nei contesti ordinamentali in cui l'esistenza di oscillazioni circa la natura di tali requisiti ed ascrivibilità tra i requisiti di idoneità professionale o tecnica sembrerebbe potersi riverberare negativamente sulle possibilità di partecipazione, stante, da un lato, l'incerta possibilità di soddisfazione attraverso il ricorso all'istituto dell'avvalimento ovvero, pur ove tale facoltà sia riconosciuta, per i dubbi concernenti le condizioni cui la validità del ricorso al contratto di avvalimento sia ancorata.

Tra le più significative innovazioni recate dalla vigente disciplina di derivazione sovranazionale, una posizione di centralità è da ascrivere alla modulazione delle clausole preordinate al perseguimento degli obiettivi di sostenibilità ambientale nel segmento della valutazione delle soluzioni tecniche ed economiche proposte ed alla individuazione dell'offerta aggiudicataria, incrinando il dogma della necessaria economicità dell'azione amministrativa.

Esse inaugurano una diversa concezione dell'elemento del costo, destinata ad affrancarsi dalla tradizionale interpretazione in termini di dispendio della minor quantità di risorse monetarie, per abbracciare una prospettiva unificante e tendente a giustapporre al costo monetario legato all'aggiudicazione ed all'esecuzione la determinazione della globalità dei costi diretti ed indiretti connessi all'esecuzione della commessa, con dell'internalizzazione dei costi legati alle esternalità ambientali direttamente derivanti dall'esecuzione del contratto, sebbene limitatamente a quelli effettivamente monetizzabili.

Ciò che, pur nell'inevitabile incremento dei margini di complessità correlati alla determinazione dell'offerta meglio rispondente alle esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice ed alla perdita di centralità dell'elemento del prezzo tradizionalmente considerato, ben sembrerebbe prestarsi a garantire una più precipua valutazione dei costi effettivi legati all'indizione della procedura ed all'esecuzione della commessa, attraverso la valorizzazione dei profili relativi alle fasi successive rispetto l'acquisizione del lavoro, della fornitura ovvero dell'esecuzione del servizio. Se l'attenzione riservata alla legittimità dell'assunzione ad elemento scriminante nella selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa dei "costi ambientali" legati al consumo di risorse materiali eccedenti e il consumo di energia sembra non rivestire una significativa incidenza sulla determinazione dei costi da sostenere da parte delle amministrazioni, foriera di più significative conseguenze sembrerebbe la valutazione delle eventuali esternalità ambientali e dei costi da sostenere nelle fasi di smaltimento e di dismissione, dal momento che essa potrebbe consentire di conseguire significativi risparmi di spesa in relazione alle fasi non immediatamente successive l'affidamento del contratto ed inevitabilmente destinate ad essere sopportate dal committente al termine dell'esecuzione della commessa.

Con riguardo all'articolazione dei criteri di aggiudicazione, le disposizioni ripropongono, con minimi elementi di differenziazione, l'*acquis* normativo e giurisprudenziale previgente¹⁵². In particolare, pur differenziandosi dalla previgente disciplina nella parte in cui, attraverso la *reductio ad unitatem* dei meccanismi di selezione dell'offerta- resi comuni dall'inclusione nell'unico criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa anche dei sistemi di valutazione fondati sul riconoscimento di un valore scriminante all'elemento relativo al prezzo,- traduce in termini precettivi i limiti e le condizioni individuati dagli indirizzi

¹⁵² Sul punto, sia consentito rinviare a M. French e M. Grau, *Contract award criteria*, in M. Trybus, R. Caranta e G. Edelstam (eds), *EU Public Contract Law*, cit., 125 ss.

interpretativi dall'ormai risalente pronuncia *Concordia Bus Finland* e parzialmente rimodulati nella successiva sentenza resa nel caso *Commissione contro Regno dei Paesi Bassi*. Ed è nei limiti di ragionevolezza e di proporzionalità, che l'autonomia negoziale nella definizione degli elementi da porre a base della valutazione viene perimetrata, attraverso la preventiva definizione ed indicazione della ponderazione relativa attribuibile a ciascuno e l'inerenza dell'elemento prescelto rispetto l'oggetto della commessa. Un elemento differenziale sembra rinvenibile nell'introduzione di una dilatata concezione dell'oggetto alla quale ancorare la valutazione circa la correlazione tra la natura e le caratteristiche delle prestazioni dedotte e la previsione di elementi e criteri valutabili. Seguendo una linea direttrice che si è visto aver caratterizzato la disciplina dettata per le specifiche tecniche, il nuovo art. 67, par. 3, Direttiva 2014/24/UE, estende il collegamento dei criteri di aggiudicazione legittimando indicazioni concernenti i processi di produzione e di fornitura e le fasi successive, anche laddove non destinati ad essere materialmente incorporati nella prestazione, temperato dall'introduzione di più specifici obblighi informativi.

Del tutto estranea all'originario impianto regolatorio ed alle elaborazioni giurisprudenziali si rivela l'introduzione del concetto del ciclo di vita e del computo del relativo costo, potenzialmente destinato ad orientare non soltanto la selezione dell'offerta ma la determinazione dell'oggetto del contratto e delle relative caratteristiche nell'ottica del perseguimento degli obiettivi legati alla sostenibilità dello sviluppo.

Tale concetto si fonda sulla valutazione globale dei costi connessi all'espletamento della procedura ed all'esecuzione, tanto ove destinati a gravare sull'amministrazione committente, quanto sulla collettività amministrata.

Dalla disposizione emerge come la possibilità di una considerazione dei costi eccedenti quelli direttamente correlati all'aggiudicazione, accompagnata dall'esplicito riconoscimento della facoltà dell'utilizzo di tali metodi di valutazione anche per gli affidamenti da aggiudicare al costo più basso, incrementi la latitudine dei margini di valutazione tecnica determinando una complicazione procedurale.

Se una tale circostanza appare manifestarsi chiaramente in relazione alle eventualità in cui vi sia la contestuale valorizzazione dei profili qualitativi della soluzione offerta e della loro rispondenza rispetto le esigenze vantate dall'amministrazione indicente, potrebbe del pari rivelarsi in relazione alle procedure di aggiudicazione che assumano a criterio di valutazione il

solo prezzo offerto¹⁵³, dal momento che la metodologia di determinazione dei costi del ciclo di vita determina l'allentamento dell'immediatezza e della meccanicità nell'individuazione dell'offerta aggiudicataria che avevano costituito i tratti distintivi dei criteri di aggiudicazione fondati sulla valutazione del massimo ribasso rispetto il prezzo posto a base d'asta.

Sebbene tali profili si prestino ad evidenziare l'esistenza di criticità, ben più rilevanti sembrerebbero i profili di frizione connessi all'utilizzo di sistemi di calcolo dei costi basati sulla valutazione delle esternalità ambientali. Sebbene le direttive circondino di cautele l'operato delle amministrazioni aggiudicatrici, in particolare ancorandone la possibilità di utilizzo alla determinazione di criteri oggettivi, verificabili, non discriminatori ed accessibili agli interessati, la complessità e significatività degli oneri documentali incombenti¹⁵⁴ sui partecipanti, non agevolmente determinabili, sembrerebbe poter accrescere i rischi legati ad una eccessiva perimetrazione della platea degli offerenti, sortendo l'effetto di escludere o di limitare le concrete possibilità di partecipazione degli operatori economici di minori dimensioni.

Il pacchetto di direttive attualmente in vigore ha salutato l'estensione del vincolo del collegamento con l'oggetto dell'affidando contratto anche alla previsione di condizioni legate all'esecuzione, contribuendo ad evidenziare il contemperamento tra perseguimento di istanze di sostenibilità ambientale o di inclusione sociale con la garanzia dell'effettività della partecipazione, attraverso la previsione della facoltà di imposizione di clausole contrattuali e, dunque, dell'assunzione di obbligazioni non eccedenti la natura, l'oggetto e l'importo dell'aggiudicando contratto che, a dispetto delle possibilità di elusione connesse alla mancata soddisfazione delle medesime nel corso dell'esecuzione del contratto, ben potrebbero riverberarsi in una diminuzione dell'utile derivante dall'aggiudicazione della commessa, traducendosi in un disincentivo alla partecipazione al confronto competitivo o nell'introduzione di condizioni accessibili esclusivamente a determinati operatori economici.

¹⁵³ Sul punto D. Dragos, B. Neamtu, *Life-cycle costing for sustainable public procurement*, in B.Sjåfjell e A. Wiesbrock, *Sustainable Public Procurement under EU Law*, cit. 129, ove, in particolare, gli autori hanno posto in rilievo i profili di complessità derivanti dalla necessaria incorporazione e monetizzazione delle esternalità nell'unico elemento di valutazione costituito dal prezzo ove sia adottato un sistema di costi basato sul ciclo di vita, sottolineando le differenze sussistenti rispetto la decisione di procedere all'aggiudicazione secondo il criterio dell'oevp basata sul miglior rapporto qualità prezzo, relativamente alla quale il rilievo dei costi legati alle esternalità, ove monetizzabili, concorre alla formazione dell'elemento del prezzo, pur potendo, tuttavia, incidere e rilevare ai fini della determinazione delle caratteristiche qualitative. Per una compiuta ricostruzione del *life-cycle costing*, si vedano M. Andhov, R. Caranta ed A. Wiesbrock (eds) *Cost and EU Public Procurement Law. Life-cycle costing for sustainability*, London, 2020.

¹⁵⁴ Profilo, quest'ultimo, lucidamente evidenziato da L. De Pauli, *I costi del ciclo di vita nel nuovo codice degli appalti*, in *Urb.app.*, 2016, 6, 625 ss.

6. *Dal Green Public Procurement al Sustainable Public Procurement: una transizione già compiuta?*
Verso l'affermazione del modello del circular procurement.

Sebbene, dunque, la previgente disciplina euro-unitaria avesse rinvenuto uno tra i propri connotati precipui nell'aver accordato un non trascurabile rilievo al riconoscimento della facoltà, in capo alle amministrazioni aggiudicatrici, di integrare compiutamente l'interesse ambientale nelle molteplici fasi che scandiscono l'indizione e la conclusione delle procedure preordinate all'aggiudicazione delle pubbliche commesse, con affermazione di un nuovo interesse pubblico, idoneo ad incidere sulla trama degli interessi tradizionalmente legati allo svolgimento delle procedure, ma pur sempre destinato ad assumere una connotazione "collaterale" o "secondaria" a condizione di non pregiudicare irragionevolmente le condizioni e le ragioni dell'efficienza economica e dei risparmi di spesa¹⁵⁵, dalle notazioni che precedono

¹⁵⁵ Particolarmente significativo, in tale prospettiva, si rivela, ad avviso di chi scrive, l'annoso percorso, che ha condotto ad una più compiuta valorizzazione dell'interesse ambientale nelle procedure preordinate all'aggiudicazione di contratti pubblici attraverso il definitivo affrancamento della legittimità dell'integrazione, in seno alla *lex specialis* di gara, di clausole contrattuali e, in una prospettiva di carattere generale, di condizioni di selezione dei partecipanti e delle soluzioni tecniche da questi presentate che si rivelassero mediamente orientate al perseguimento degli obiettivi di tutela ambientale rispetto la condizione rappresentata dalla necessità del riscontro di un vantaggio patrimoniale diretto, per l'amministrazione aggiudicatrice, immediatamente e direttamente conseguente all'opzione finalizzata a valorizzare gli elementi qualitativi direttamente connessi alla prestazione rispetto le ulteriori soluzioni comparativamente disponibili sul mercato che di tali connotati risultassero privi. Da questo punto di vista, se le prescrizioni recate dalle previgenti disposizioni di diritto derivato sovranazionale sembravano muovere dall'assunto dell'opportunità di incentivare l'acquisto e l'approvvigionamento di prodotti e, in termini più ampi, di prestazioni a ridotto impatto ambientale, la pur prospettata necessità che tali scelte ridondassero nella produzione di un vantaggio patrimoniale, consentendo, pertanto, la realizzazione di economie di scala- assunto, lo si è visto, significativamente posto alla base delle pur considerevoli aperture al riguardo formulate dalla Commissione Europea- sembrerebbe, in realtà, deporre nel senso dell'istituzione di una linea di demarcazione piuttosto netta tra le esigenze correlate all'efficiente e razionale allocazione delle risorse e la valorizzazione di profili ulteriori dell'esecuzione della commessa, riguardati alla stregua di elementi potenzialmente ostativi alla realizzazione di condizioni di efficienza economica e, dunque, a garantire il rispetto e la compiuta attuazione del canone dell'economicità dell'azione amministrativa svolta nelle forme contrattuali. Collocandosi in tale ordine di idee, ci si avvede con singolare nitore che la promozione di sistemi e metodologie di produzione eco-compatibili, per quanto conosciuta quale efficace meccanismo volto a consentire stimoli verso l'innovazione tecnologica e a determinare ricadute positive in termini di contenimento del deterioramento delle risorse ambientali, fosse, del pari tralasciata nella prospettiva di un costo ulteriore, potenzialmente idoneo a vanificare il conseguimento delle prestazioni richieste con il minor dispendio di risorse pubbliche. Tale tendenza alla ricomposizione dei rapporti tra le istanze di quibus in termini di irriducibilità e di antitesi, seppur non compiutamente esplicitata nell'articolato delle previgenti direttive e, per ciò stesso, potenzialmente idonea ad essere attenuata quando non del tutto superata grazie all'emersione di linee ermeneutiche maggiormente sensibili alla progressiva trasformazione della legislazione governante il settore delle pubbliche commesse, si è invece rivelata in tutta la propria portata ed ampiezza in talune realtà ordinamentali nazionali. Sul punto, particolarmente significative apparirebbero le soluzioni emerse nell'ordinamento giuridico italiano e sulle quali si incentrerà l'attenzione nel prosieguo della presente trattazione. Da questo punto di vista, sebbene il previgente codice dei contratti pubblici avesse riservato un non trascurabile spazio alle possibilità di un utilizzo in chiave strategica dello strumento della contrattazione pubblica, la previsione codicistica, collocata nella sezione relativa alla definizione dei principi generali della materia, e tendente a legittimare l'eventuale subordinazione del principio di economicità dell'azione amministrativa per poter garantire la più compiuta integrazione dell'interesse ambientale nella dimensione delle procedure dell'evidenza pubblica, pur rivelandosi significativa-, soprattutto ove si ponga mente alla circostanza per la quale essa abbia segnato il definitivo mutamento di prospettiva nella considerazione delle istanze di tutela ambientale, dapprima considerate alla stregua di vincolo esterno ed al contempo preventivo, rispetto l'indizione della procedura di aggiudicazione e la conseguente esecuzione delle prestazioni dedotte in contratto a vincolo "interno", potenzialmente idoneo a conformare i singoli segmenti procedurali e a prevalere sull'interesse al conseguimento delle richieste prestazioni con il minor dispendio di pubbliche risorse- sembrerebbe, pur sempre fondarsi sull'adozione di una prospettiva dicotomica, fondata, dunque, sull'opposizione delle ragioni concernenti l'economicità rispetto le pur auspiccate esigenze di tutela dell'ambiente, quasi a voler sottolineare il fatto che il perseguimento di queste sia indefettibilmente destinato a tradursi nell'opzione per soluzioni per certi versi diseconomiche. Rinviandosi al prosieguo della presente trattazione

sembrerebbe emergere il mutamento di prospettiva che ha accompagnato il processo di modernizzazione della legislazione di diritto derivato e volto al superamento dell'antitetica opposizione tra la tutela ambientale e l'economicità dell'azione amministrativa.

Un percorso idoneo, per certi versi, a testimoniare l'idea della transizione dal *green public procurement* al *sustainable public procurement*. Quantunque l'elaborazione teorica del primo, laconicamente definito come «*l'approccio in base al quale le amministrazioni pubbliche integrano i criteri ambientali in tutte le fasi del processo di acquisto, incoraggiando la diffusione di tecnologie ambientali e lo sviluppo di prodotti validi sotto il profilo ambientale, attraverso la ricerca e la scelta delle soluzioni con il minore impatto possibile sull'ambiente lungo l'intero ciclo di vita (produzione, utilizzo, smaltimento) del bene o servizio*», abbia rivestito una posizione di rilievo sotto il profilo del riconoscimento della legittimazione di un utilizzo del contratto in chiave strategica, propiziando il consolidamento del paradigma della green economy, l'assenza di riferimenti agli ulteriori principi¹⁵⁶ e la mancata menzione delle modalità con cui ricomporre tali obiettivi con le esigenze di preservazione delle risorse naturali avrebbe potuto ingenerare interpretazioni incentrate sul riconoscimento dell'estrema ancillarità degli obiettivi non economici o, e di converso, improntate ad una massimizzazione ipostatizzante delle istanze di sviluppo ambientale, ponendo in una posizione deteriore le finalità legate allo sviluppo economico.

Sebbene condivida con quello il rimando alla promozione di modelli di produzione e di consumo ecologicamente efficienti, indirettamente indirizzati alla preservazione delle risorse naturali, il modello del sustainable public procurement- quale in precedenza definito ed assunto a prioritario obiettivo di azione in dichiarazioni, prive di cogenza ma idonee a sortire effetti sulle prassi invalse negli ordinamenti nazionali, ed emerse dapprima nell'ordinamento

l'approfondimento dei profili critici derivanti dall'adesione a tale concezione, sia consentito, nella presente rinviare, per una esaustiva ricostruzione delle ragioni che si pongono a fondamento del processo di relativizzazione del principio di economicità, a M.P. Chiti, *I principi*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis e R. Garofoli, *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008, I, specie ss., nonché AA.VV. *Politiche sociali e sviluppo sostenibile nel diritto dei contratti pubblici*, in S. Baccarini, G. Chinè e R. Proietti, *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, 2015, 16 ss.

¹⁵⁶ E, prima ancora, degli stessi valori che la disciplina concernente l'aggiudicazione delle pubbliche commesse, costituendo le logiche e le dinamiche entro le quali quelle sono destinate ad operare e dispiegarsi, com'è a dirsi, esemplificativamente, per i valori legati alla promozione dello sviluppo economico che, come noto, hanno costituito tradizionalmente la chiave di lettura ed il filo rosso della regolazione sovranazionale del comparto delle pubbliche commesse.

sovranaionale¹⁵⁷¹⁵⁸ -dipatosi nel trapasso dall'iniziale primazia del valore della concorrenza, per assurgere ad obiettivo legittimo e connesso in via prioritaria all'indizione delle procedure di aggiudicazione-, sembrerebbe costituire un ulteriore e più piano sviluppo del primo, connotato dall'adozione di una visione meglio rispondente alle logiche del principio di sviluppo sostenibile, nelle molteplici e declinazioni dal medesimo assunte.

Senza contare che esso si palesi idoneo a denotare l'ormai compiuta trasformazione del contratto pubblico da meccanismo esclusivamente orientato al soddisfacimento delle esigenze proprie dell'amministrazione committente a meccanismo correlativamente quando non prioritariamente deputato al soddisfacimento delle finalità di armonico sviluppo economico, ambientale e sociale, idonee a ridondare in un beneficio per la comunità amministrata¹⁵⁹. Ciò che contribuisce ad accreditare l'inerenza al pubblico interesse della commessa pubblica, sottolineandone la pertinenza non alla singola amministrazione aggiudicatrice che nel corso della procedura ne sia l'effettiva latrice, bensì ai destinatari dell'azione svolta da quella.

Da questo punto di vista, appare degna di nota la circostanza che la formulazione del concetto di appalto pubblico sostenibile rinvenga le proprie linee di fondo nell'obiettivo dell'armonica ponderazione tra i tre "pilastri" dello sviluppo, *id est* lo sviluppo economico, sociale ed ambientale, con equiordinazione delle esigenze a quelli correlati e contemperamento tra le

¹⁵⁷ Significativa, al riguardo, in quanto potenzialmente idonea a testimoniare della sempre crescente attenzione alle esigenze di sostenibilità dello sviluppo economico e sociale e, dunque, alla necessità dell'acquisizione di un diverso angolo prospettico, fondato sull'equilibrata valorizzazione, da un canto, delle esigenze di crescita economica e di massimizzazione del profitto, dall'altra delle finalità di conservazione e rigenerazione delle risorse ambientali e naturali, non disgiunta dalla creazione di condizioni di effettivo sviluppo sociale, l'adozione, da parte dell'UNEP di linee programmatiche, culminate nella redazione dell'Agenda 2030, finalizzata ad orientare l'attuazione di 69 obiettivi di crescita sostenibile, gran parte dei quali concretamente conseguibili attraverso un migliore e più proficuo impiego degli strumenti della contrattualistica pubblica. Sul punto, si veda M. Montini, *L'interazione tra gli SDGs ed il principio dello sviluppo sostenibile per l'attuazione del diritto internazionale dell'ambiente*, in www.federalismi.it, 2019.

¹⁵⁸ L'esistenza di maggiori resistenze al riconoscimento della possibilità di integrare nelle procedure preordinate all'aggiudicazione di pubbliche commesse clausole e condizioni preordinate a garantire l'effettiva attuazione di obiettivi di inclusione sociale e di favor verso le categorie svantaggiate sono lucidamente evidenziate, attraverso la capillare ricostruzione degli approdi della giurisprudenza e dei percorsi argomentativi alla base dell'affermazione di tali orientamenti ermeneutici, in larga misura direttamente tributarie delle prime prese di posizione della medesima Corte di Giustizia in relazione alla compiuta determinazione dell'ambito delle fondamentali libertà economiche riconosciute dai Trattati istitutivi e, per certi versi idonee a ravvisare nel perseguimento di istanze aliene, *recte* ulteriori rispetto gli obiettivi di massima contendibilità del settore delle pubbliche commesse un potenziale *vulnus* al mercato unico, criticando in particolare le interpretazioni fondate sulla riconduzione dei vincoli e dei limiti posti dalla legislazione di diritto derivato sovranazionale alle disposizioni di principio e di dettaglio recate dalla legislazione di diritto primario, da S. Arrowsmith e P. Kunzlik, *Social and environmental policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*. Nel medesimo ordine di idee, S. Moretini, *Public Procurement and Secondary Policies in EU and Global Administrative Law*, in E. Chiti, B.G. Mattarella, *Global Administrative Law and EU Administrative Law*, Heidelberg, 2011, 189 ss,

¹⁵⁹ Ampiamente avvertita, in dottrina, l'esigenza di una più compiuta valorizzazione dello strumento della contrattualistica pubblica nel quadro delle azioni orientate all'attuazione dello sviluppo sostenibile, soprattutto attraverso il superamento dell'approccio dualistico tendente ad operare una netta separazione tra le ragioni del mercato tradizionalmente intese e la necessità di preservazione delle risorse ecosistemiche e di promozione di condizioni di benessere. Per tutti, valga quivi richiamare S. Valaguzza, *Sustainable development in public contracts. An example of strategic regulation*, Napoli, 2016.

istanze medesime. Ciò che contribuisce a rimarcare l'importanza della funzione assolta dalla contrattualistica pubblica nell'ottica della transizione verso un diverso modello economico, capace di coniugare armonicamente il perseguimento di tali esigenze e, conseguentemente, improntato all'equità.

In particolare, dalla disamina delle disposizioni del pacchetto di direttive e dalle spinte in esso rinvenibili, verso la definitiva consacrazione del contratto pubblico alla stregua di efficace strumento finalizzato all'implementazione ed all'attuazione di obiettivi di politica ambientale, sembrerebbe emergere la nuova dimensione "sociale di mercato" dell'economia europea e delle politiche ed azioni adottate sul versante sovranazionale nell'ottica della compiuta realizzazione di quello. Realizzazione ed attuazione che, nell'ottica assunta dal Legislatore euronitario, sembrerebbero destinate a segnare il passaggio dall'economia lineare all'economia circolare e, dunque, dalla massimizzazione del profitto isolatamente considerata ad una visione in grado di coniugare sviluppo economico ed innovazione tecnologica con il necessario ed effettivo perseguimento delle istanze di tutela sociale e di preservazione degli ecosistemi.

Dalla progressiva perdita di centralità del canone dell'economicità dell'azione amministrativa, quale desumibile dall'ormai definitivo abbandono di concezioni tendenti a legittimare la valorizzazione di profili diversi e travalicanti la mera dimensione dell'immediato risparmio di spesa esclusivamente nella misura in cui fossero idonei a tradursi in un vantaggio patrimoniale diretto per l'amministrazione aggiudicatrice, sembrerebbe lecito inferire un più specifico riflesso delle profonde mutazioni delle finalità che hanno orientato il processo di costituzione e di sviluppo dell'Unione Europea. Se la valorizzazione dei profili "qualitativi" delle prestazioni e delle soluzioni tecniche prospettate dagli offerenti ha costituito un timido passo verso il riconoscimento del potenziale della contrattualistica pubblica nell'ottica del favor verso l'innovazione tecnologica, l'attuale impianto regolatorio denota il compimento del trapasso da una vocazione esclusivamente economica ad una improntata al riconoscimento ed alla tutela di interessi pubblici altri ed ulteriori, tradizionalmente involgenti il campo di azione degli Stati nazionali ed, in linea di principio, destinati a trovare la propria perspicua consacrazione nelle Costituzioni statali. Sebbene l'abbrivio di siffatte linee evolutive appaia largamente risalente¹⁶⁰, tale processo, nell'ottica della più compiuta integrazione tra politiche e dimensioni economica,

¹⁶⁰ Ben potendo il medesimo essere rintracciato in molteplici atti di diritto derivato sovranazionale, adottati sin dal primissimo arco temporale successivo all'istituzione delle allora Comunità europee in relazione ai molteplici settori entro i quali sono state declinate le politiche serventi all'istituzione del mercato interno.

sociale ed ambientale, sembrerebbe essere, dunque, giunto a compimento con la vigente legislazione secondaria, il cui strumentario, pur permanendo potenziali profili di criticità, con precipuo riguardo alle eventuali distorsioni conseguenti all'applicazione dei medesimi nelle singole realtà nazionali, ben potrebbe rivelarsi idoneo a propiziare il definitivo trapasso a diversi e più innovativi modelli di allocazione delle risorse.

Appare significativo constatare come le più recenti prese di posizione delle Istituzioni Eurounitarie, ravvisino nello strumento contrattuale uno tra i mezzi idonei per propiziare l'adesione ad un diverso modello di sviluppo economico.

Prova ne siano le aperture formulate dalla Commissione Europea in relazione alla progressiva realizzazione di appalti pubblici strumentali all'adesione al modello dell'economia circolare, garantendo l'affrancamento di tale ultimo modello economico dall'isolata ed esclusiva valorizzazione dei profili concernenti la riduzione del quantitativo dei rifiuti prodotti che ne avevano, in principio, caratterizzato l'emersione¹⁶¹. Un modello economico, quest'ultimo, e connotato da peculiari elementi di complessità, atto ad acuire i possibili profili di frizione già desumibili dall'attuale quadro regolatorio, quanto alla delimitazione del perimetro degli apprezzamenti commessi alle amministrazioni aggiudicatrici ed all'incidenza sulle concrete *chances* di aggiudicazione riconosciute, ma che rinviene una ragion d'essere nel tentativo di una effettiva concretizzazione del principio dello sviluppo sostenibile. Sebbene l'esistenza di asimmetrie informative in capo alle amministrazioni aggiudicatrici possa apparire ostativa all'implementazione di politiche di sviluppo sostenibile attraverso il ricorso alla contrattazione, un elemento atto a districare tale complessità, sembrerebbe, poter essere rinvenuto nelle potenzialità connesse alla facoltà di utilizzo del sistema di selezione del contraente da ultimo tipizzato dal vigente pacchetto di direttive. Ci si riferisce, in particolare, all'istituto del partenariato per l'innovazione, che, pur non esente da criticità sembra possa, in una certa misura, propiziare la concreta realizzazione di contratti di appalto "circolari".

¹⁶¹ Sui diversi aspetti dell'economia circolare, F. de Leonardis, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici*, in AA.VV. *Annuario di diritto dell'energia 2018*, Bologna, 2018 anche per un'efficace delineazione delle implicazioni dell'adesione al nuovo modello economico sulla configurazione dell'assetto delle funzioni e delle competenze dello Stato.

CAPITOLO SECONDO

LA CONTRATTAZIONE ECOLOGICAMENTE ORIENTATA NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO: PROFILI STORICO- RICOSTRUTTIVI E DELINEAZIONE DELLE PROBLEMATICHE COMUNI. IL PROBLEMA DELL'INCIDENZA SULLA NATURA E SUI MODI DI ESERCIZIO DEL POTERE.

SOMMARIO: 1. Premessa–2. Incidenza della caratterizzazione della tutela ambientale quale implicito valore costituzionale: natura e consistenza dell'attività riservata al Legislatore nazionale– 3. L'emersione dell'interesse alla tutela ambientale nella legislazione settoriale dell'ultimo trentennio–4. Incidenza dell'integrazione dell'interesse ambientale sulla classificazione dell'attività riservata all'amministrazione committente: la facoltatività della previsione di clausole ecologicamente orientate –5. Il mutamento di paradigma impresso dai più recenti interventi di novella della disciplina di diritto interno: obbligatorietà dell'osservanza dei criteri ambientali minimi e sua incidenza sull'estensione del perimetro dell'attività valutativa riservata all'amministrazione committente –6. Contratti non ricadenti nell'ambito di applicazione dei criteri ambientali minimi: diversa natura delle potestà esercitate dall'amministrazione aggiudicatrice in sede di adozione della deliberazione di contrarre e di definizione della *lex specialis* di gara in punto di internalizzazione dell'interesse ambientale.

1. *Premessa*

La sintetica ricostruzione di talune tra le più significative questioni emerse in seno alla dottrina giuspubblicistica nazionale nel periodo storico a cavaliere tra l'entrata in vigore della prima disciplina volta a regolare l'affidamento e l'esecuzione di pubbliche commesse preordinate alla realizzazione di opere infrastrutturali¹⁶² e la successiva adozione della Legge in

¹⁶² Di cui all'allegato F. alla legge 20 marzo 1865, n. 2248 dedicata all'unificazione amministrativa del Regno d'Italia, a breve seguita dall'adozione della successiva legge 22 aprile 1869, n. 5026, sull'amministrazione del patrimonio dello Stato e sulla contabilità generale contenente, sia pur in nuce, la prima embrionale disciplina sulle procedure di aggiudicazione dei pubblici appalti e tradizionalmente imperniata sulle esigenze di tutela dell'interesse finanziario dell'amministrazione alla corretta spendita del pubblico denaro, relativamente alla quale, dunque, l'introduzione di una sequela procedimentale rigida volta a scandire le fasi procedurali precedenti la stipulazione del contratto di appalto veniva a trovare una propria giustificazione nell'intento di scongiurare il verificarsi di collusioni e, dunque, di fenomeni corruttivi tra i pubblici funzionari e gli aspiranti contraenti. Per una compiuta ricostruzione del contesto storico-giuridico entro il quale maturò l'adozione della prefata disciplina, sia consentito rinviare a F.P. Pugliese, *Sulla normazione contrattuale pubblica dopo l'Unificazione*, in *Quaderni storici*, 1971, 720 ss. Ampi riferimenti, con particolare riguardo all'evoluzione della disciplina in materia di esecuzione di lavori pubblici, in A.M. Sandulli, *I lavori pubblici. Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Milano, 1967, ora in A. M. Sandulli, *Scritti giuridici*, IV, Napoli, 1992, 205 ss.

materia di contabilità di Stato¹⁶³ e del conferente regolamento di esecuzione ed attuazione¹⁶⁴- le quali, come noto, avrebbero gettato le basi per l'istituzione di una tassonomia dei contratti aggiudicati dalle pubbliche amministrazioni e la predeterminazione della sequela procedimentale destinata a culminare nell'aggiudicazione¹⁶⁵- e, segnatamente, le resistenze all'assimilazione dell'attività contrattuale all'attività amministrativa *tout court* ed alla attenuazione delle alterità tra l'attività svolta attraverso il ricorso a moduli imperniati sui connotati dell'imperatività e dell'autorità e quella destinata ad estrinsecarsi nell'adozione di modelli caratterizzati dall'indefettibile ricerca del consenso della controparte privata¹⁶⁶, ha consentito di rimarcare come l'idea dell'attrazione dell'attività consensuale all'area della funzionalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico e, dunque, la consacrazione del contratto quale ordinario modello di esercizio della funzione pubblica, si fosse affacciata nell'elaborazione dogmatica anteriormente all'emersione di analoghe tendenze in seno alle

¹⁶³Ci si riferisce, in particolare, alle disposizioni rivenienti dal Regio Decreto 18 novembre 1923, n. 2440.

¹⁶⁴ Adottato con Regio Decreto 23 maggio 1927, n. 827.

¹⁶⁵ Sul punto, sia consentito richiamare E. Miccoli, *Appalto pubblico*, in *Noviss.dig.it*.

¹⁶⁶ Per l'inquadramento dei contratti ad evidenza pubblica all'interno della categoria concettuale degli atti bilaterali a concesso necessario e per la conseguente connotazione alla stregua di potere amministrativo precettivo, come tale funzionalizzato, si veda F.G. Scoca, *Autorità e consenso*, in AA.VV., *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Milano, 2007, specie 43, ove l'illustre autore pone in rilievo il fatto che "Il potere amministrativo non può invece considerarsi autoritativo quando l'adozione dell'atto consensuale è indispensabile per raggiungere un determinato regolamento di interessi; quando cioè il consenso del privato condiziona l'adozione di tale regolamento".

organizzazioni internazionali¹⁶⁷ ed all'ordinamento sovranazionale¹⁶⁸ ed alla progressiva ibridazione di istituti e tecniche di regolazione indotte ed intrinsecamente correlate a tale processo¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Ci si riferisce, in particolare, al riconoscimento di una posizione di centralità delle tematiche correlate all'esigenza di tutela dell'ambiente e di preservazione delle risorse naturali ed ecosistemiche esauribili nell'agenda politica dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, a partire dall'indizione, con risoluzione n. 2398 del 3 dicembre 1968, della prima Conferenza mondiale sull'ambiente umano, tenutasi a Stoccolma nel 1972 e conclusasi con l'approvazione dell'ormai risalente *Dichiarazione di principi*, la quale, come noto, pur non rivestendo valore giuridico cogente, avrebbe gettato le basi per l'implementazione di politiche volte al contemperamento delle esigenze di promozione economica e sociale con la salvaguardia delle risorse naturali. Per una compiuta ricostruzione dei lavori della conferenza, sia consentito rinviare a G. Cordini, P. Fois e S. Marchisio, *Diritto ambientale comparato*, Padova, 1997.

È, tuttavia, nella fase storica successiva alla conclusione dei lavori della Commissione mondiale sull'ambiente e lo sviluppo ed alla contestuale pubblicazione del rapporto *Our common future*, al quale si deve l'originaria formulazione del principio dello sviluppo sostenibile- destinato, con alterne vicende, ad essere successivamente cristallizzato, tanto in via diretta, quanto in misura mediata, sia ad opera delle fonti primarie di diritto sovranazionale, sia in testi costituzionali di diritto interno- che si collocano le più significative prese di posizione in merito all'internalizzazione dell'interesse ambientale nel più ampio contesto dell'aggiudicazione dei contratti pubblici. È noto, al riguardo, come, sebbene il più maturo frutto della progressiva evoluzione delle pubbliche commesse da strumento preordinato all'esclusivo soddisfacimento delle esigenze delle amministrazioni committenti unitamente all'efficiente spendita delle risorse pubbliche alle prime correlate, al ruolo di meccanismo attuativo di interessi generali sul versante internazionale sia da ravvisarsi nell'elaborazione di una strategia globale mirante alla effettiva implementazione delle politiche miranti alla realizzazione della sostenibilità economica, sociale ed ambientale, da ultimo culminata nell'approvazione dell'Agenda globale per lo sviluppo sostenibile ad opera dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite e caratterizzata dalla fissazione di 17 obiettivi miranti alla concretizzazione di condizioni di sviluppo sostenibile, taluni dei quali destinati ad intercettare irrimediabilmente il settore dei pubblici appalti, sin dalla seconda metà degli anni Novanta dello scorso secolo, la sensibilità verso l'integrazione delle istanze di sostenibilità ambientale e di preservazione delle risorse ecologiche nelle ordinarie dinamiche dello sviluppo economico abbia favorito l'emersione di posizioni tendenti a ravvisare nella promozione di sistemi di produzione e metodologie di approvvigionamento fondati sulla progressiva riduzione del consumo delle risorse naturali e sulla mitigazione degli impatti ambientali derivanti dalle transazioni economiche aventi luogo nel contesto globale uno tra i meccanismi precipui per favorire la transizione verso un sistema economico orientato alla rigenerazione delle risorse ed alla conciliazione tra le esigenze di una più accorta spendita delle risorse e di liberalizzazione degli scambi globali e la preservazione del bene ambiente, pur tradottisi nell'adozione di documenti privi di efficacia giuridica cogente. In tal senso appare orientata l'ormai risalente *Recommendation of the Council on improving the environmental performance of government*, adottata dal consiglio dell'Ocse nel 1996, il cui nocciolo risiede nell'affermazione circa l'esigenza dell'implementazione di disposizioni legislative e regolamentari orientate all'integrazione delle variabili ambientali ed alla relativa monetizzazione degli elementi e degli aspetti alle prime legati nelle procedure di acquisto dei pubblici poteri, in cui, pur ribadendosi la necessità della garanzia della trasparenza procedurale e, contestualmente, della parità di trattamento tra gli operatori del mercato, in parte anticipandosi il portato della successiva elaborazione giuridica sul versante euro-unitario, si affermava la tendenziale compatibilità tra la valorizzazione dei profili ambientali delle soluzioni tecnico-progettuali offerte ed il libero dispiegarsi delle dinamiche del mercato; elemento, quest'ultimo, il quale sarebbe stato meglio precisato ed illustrato nella successiva adozione, ad opera dei ministri dell'ambiente dei paesi membri dell'OCSE, della Strategia Ambientale per il primo decennio del XXI secolo, del maggio 2001, a breve seguita dalla pubblicazione di rapporti concernenti lo stato di attuazione delle politiche orientate alla promozione di forme di contrattazione verde da parte delle amministrazioni nazionali dei paesi membri. Circoscrivendo l'attenzione all'opera all'uopo svolta nel contesto dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, appare particolarmente significativa l'esperienza successiva al World Summit on Sustainable Development di Rio de Janeiro. In particolare, l'adozione del Plan of Implementation of the World Summit on Sustainable Development, sembrerebbe aver segnato la prima tappa verso la progressiva consacrazione di misure normative volte ad incentivare la contrattazione ecologicamente orientata e la promozione dell'eco-efficienza negli acquisti alla stregua di una misura indiretta di promozione non soltanto del miglioramento della qualità ambientale, bensì del conseguimento del *best value for money* nel contesto dei singoli contratti di appalto. Appare, al riguardo, significativa la circostanza per la quale all'incoraggiamento rivolto agli Stati membri nella direzione dell'introduzione di un quadro regolatorio idoneo consentire la valorizzazione delle variabili ambientali nelle diverse fasi del processo

Quel che si intende rimarcare è la circostanza per la quale le notazioni dianzi richiamate consentano di rinvenire un più solido fondamento teorico dell'attuale tendenza al piegamento del modulo negoziale al perseguimento dell'interesse generale¹⁷⁰ attraverso la riconduzione del

di approvvigionamento ed all'incentivo alla realizzazione di forme di cooperazione tra i diversi Paesi aderenti si accompagni nell'atto testé menzionato l'avvertenza circa la necessità di una maggiore attenzione alla determinazione dei costi legati all'espletamento della procedura ed alla successiva esecuzione della commessa attraverso il rimando all'esigenza di sviluppare metodologie di computo fondate sull'analisi globale e sulla dimostrazione scientifica dei costi connessi all'intero ciclo di vita del prodotto, orientando, dunque, l'analisi circa la convenienza delle soluzioni preferibili all'intero arco di durata dell'utilizzo del bene. Alla delineaione di tali linee strategiche si è accompagnato, nel corso del decennio successivo, il perseguimento di iniziative volte a favorire, attraverso il finanziamento e la successiva attuazione di progetti-pilota, la concreta attuabilità degli obiettivi di sostenibilità nelle politiche di consumo degli Stat membri, non disgiunta dalla progressiva elaborazione di standard e norme di condotta orientate a conciliare l'adesione a forme di contrattazione sostenibile con la garanzia della contendibilità delle commesse e l'abolizione di forme di surrettizio protezionismo, attraverso la ponderazione tra tali contrapposte esigenze. È in tale prospettiva che va inquadrata l'adozione delle Sustainable Public Procurement Implementation Guidelines del 2015, contenenti linee di indirizzo per l'internalizzazione dell'interesse ambientale nei singoli segmenti del più ampio iter procedurale preordinato alla realizzazione di lavori, alla prestazione di servizi ed all'acquisizione di forniture, sulla scorta dei risultati raggiunti nel contesto dell'attuazione della Task Force di Marrakech in conformità alle previsioni del piano di azione emanato nel 2002. A ciò vanno aggiunte le progressive aperture manifestate dall'UNCITRAL in sede di revisione dell'originaria disciplina recata dal Model Law risalente al 1994 in ordine all'introduzione di clausole contrattuali orientate alla promozione dell'eco-efficienza attraverso l'imposizione di requisiti di capacità tecnica in capo agli offerenti, pur temperate dalla posizione dell'accento sulla necessità di bilanciare il perseguimento di tali istanze con l'effettiva contendibilità del mercato delle pubbliche commesse e dalla recessività delle prime rispetto alla seconda. Sul ruolo proattivo delle organizzazioni internazionali in ordine alla promozione del sustainable public procurement, con particolare riguardo alle funzioni di orientamento assolte dall'adozione di atti inquadrabili nella categoria del *soft law*, si veda R. Caranta, *Helping public procurement go green: the role of international organizations*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2013, 1, 49 ss, nonché R. Caranta e C. Cravero, *Sustainability and Public procurement*, in A. La Chimia e P. Trepte (eds), *Public procurement and aid effectiveness. A roadmap under construction*, Oxford, 2019, in termini più generali, abbracciando la prospettiva della progressiva ibridazione di tecniche di regolazione e modelli contrattuali, si veda H. Caroli Casavola, *La globalizzazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2012. Con particolare riguardo alla progressiva emersione dell'interesse ambientale alla stregua di istanza da integrare nelle procedure contrattuali concluse da pubblici committenti nel contesto del WTO e, segnatamente, all'espressa statuizione in merito alla legittimità di clausole mediatamente ispirate a finalità di salvaguardia ambientale quali rivenienti dalla revisione del *Government procurement agreement*, si vedano le conclusioni rassegnate da S. Arrowsmith, R. D. Anderson (eds), *The WTO regime on Government procurement: challenge and reform*, Cambridge, 2011.

¹⁶⁸ Per un'articolata ricostruzione, in chiave diacronica, delle principali tappe del percorso che avrebbe condotto alla consacrazione delle istanze di sostenibilità sociale ed ambientale nel contesto delle politiche euro-unitarie in materia di appalti pubblici, sia consentito rinviare a F. Schizzerotto, *I principali provvedimenti europei ed italiani in materia di Green public procurement*, in *Riv.giur.ambi.*, 2004, 6, 967 ss. anche per un'interessante riflessione in chiave critica delle tecniche di recepimento invalse nell'ordinamento giuridico nazionale, con particolare riguardo alla tendenza del Legislatore interno all'imposizione di obblighi di acquisto di prodotti e servizi a basso impatto ambientale ed alla potenziale frizione con i principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa.

¹⁶⁹ Sul punto, sia consentito rinviare alle acute riflessioni di G. Falcon, *Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario*, in *Riv.it.dir.pubbl.comunitario*, 1991,2, 351ss., nonché, più di recente, G. Greco, *Effettività del diritto amministrativo nel sistema comunitario (e recessività nell'ordinamento nazionale?)*, in *Dir. amm.*, 2003, 2, 277 ss.

¹⁷⁰ Sulla variabilità e sulla nozione di interesse pubblico come *mito del diritto* e per la posizione dell'accento sulla distinzione sussistente tra la categoria dell'interesse pubblico e la species dell'interesse generale, sia consentito rinviare ad A. Gioffi, *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2015, 4, 797 ss., nonché, più di recente, dello stesso autore con particolare riguardo alle evoluzioni della stessa nozione di interesse pubblico, come tesa ad abbracciare l'interesse generale della collettività e destinato a rifluire sull'interpretazione della norma e sull'individuazione del fine da questa avuto di mira, *Il problema dell'interpretazione nel diritto amministrativo*, in *Dir.ann.*, 1, 2020.

fenomeno *de quo* nel novero dell'attività amministrativa di diritto privato¹⁷¹, come tale idonea a dischiudere la via verso il riconoscimento dell'alternatività tra i modelli contrattuali e provvedimentali¹⁷² nell'ottica della cura in concreto del pubblico interesse e, preventivamente, della ricomposizione tra gli interessi in conflitto.

La posizione dell'accento sulla vincolatività del fine rispetto alla conclusione del singolo contratto consente di richiamarsi alle autorevoli ricostruzioni le quali, discostandosi dagli originari approdi della dottrina giuspubblicistica nazionale e muovendo dalla riconoscibilità di un fondamento unitario— rinvenuto nell'esercizio della funzione amministrativa,— ne abbiano teorizzato la soggezione ad uno *statuto giuridico unitario*¹⁷³, come tale destinato a riflettersi non soltanto sull'identificazione del regime giuridico particolare e sulla ricognizione dei principi generali¹⁷⁴ che debbano informare l'azione amministrativa, bensì ad incidere sulla determinazione delle situazioni soggettive delle quali l'amministrazione procedente sia latrice e, correlativamente, sulla configurabilità di posizioni giuridicamente tutelabili in capo alla controparte contrattuale privata.

¹⁷¹ Per una ricostruzione storica della categorizzazione concettuale dell'attività amministrativa di diritto privato, si vedano A. Amorth, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, ora in Id. *Scritti giuridici*, I, Milano, 2009, nonché S.A. Romano, *Attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc pubbl.*, agg. VI, Torino, 2011.

¹⁷² Sul provvedimento amministrativo, sia consentito rinviare a M.S. Giannini, *Atto amministrativo*, in *Enc.dir.*, IV, Milano, 1957, P. Virga, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1968, M.S. Giannini, *Atti e provvedimenti amministrativi*, in *Manuale di diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir.amm.*, 1995, 1, B.G. Mattarella, *Il provvedimento*, in S. Cassese (diretto da) *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2003, R. Villata e M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017.

¹⁷³ Il riferimento corre, indubbiamente, all'elaborazione concettuale propugnata da F. G. Scoca, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, agg. VI, e *Autorità e consenso cit.* 43 e 44, "Lo statuto non si limita ad imprimere al potere precettivo il c.d. vincolo di scopo (finalizzandolo cioè alla soddisfazione dell'interesse pubblico), ma lo sottopone ad una serie di regole, formali e sostanziali, le quali possono essere riassunte, rispettivamente, nel principio del procedimento e nel principio [...] del rispetto degli amministrati, includendo in questi ultimi sia gli interessati sia i terzi [...] In definitiva, l'azione precettiva dell'amministrazione non è solo funzionale al pubblico interesse, ma deve svolgersi secondo le regole del procedimento e deve scegliere le soluzioni che pregiudichino nella misura minore possibile (ovvero soddisfino nella misura maggiore possibile) gli interessi privati che si intrecciano con l'interesse pubblico".

¹⁷⁴ Si pensi, in particolare, alle ricadute applicative in punto di operatività del principio di legalità dell'azione amministrativa in relazione all'attività negoziale posta in essere dalle pubbliche amministrazioni: è noto, al riguardo, come nella scienza giuridica nazionale siano storicamente emerse posizioni tendenti a dequotare se non ad adombrare integralmente l'operatività del predetto principio in relazione all'attività posta in essere dai pubblici poteri attraverso il ricorso a schemi improntati alla consensualità. Sul punto, restano fondamentali le osservazioni formulate da C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività amministrativa di diritto privato*, Milano, 1982. Sul principio di legalità, si vedano P. Fois, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.* XXIII, Milano, 1973, S. Merz, *Osservazioni sul principio di legalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 4, 1355 ss., L. Carlassare, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, 1988, R. Guastini, *Legalità (principio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino, 1994.

Con particolare riferimento al caso che ci occupa, tale assunto consente di comprendere come la natura delle posizioni esercitate dall'amministrazione risulti difficilmente inquadrabile nell'alveo dell'autonomia negoziale e contrattuale piena,¹⁷⁵ quale consacrata dalle elaborazioni della dogmatica civilistica e, segnatamente, nell'accezione di potere sostanzialmente libero, destinato a risentire solo in misura indiretta e riflessa dei condizionamenti e dei vincoli legislativamente predeterminati¹⁷⁶ e, come tale, idonea a consentire ai contraenti di determinare liberamente il contenuto del contratto.

Quest'ultima, ove predicata quale posizione giuridica attiva ascrivibile in capo alle amministrazioni contrattanti, sortirebbe l'effetto di estendere i margini di manovra a queste ultime riconosciuti relativamente alla modulazione del contratto in prospettiva ecologicamente orientata e, ciò, in particolare, in ordine alla definizione del relativo oggetto¹⁷⁷ ma con non

¹⁷⁵ Sul punto, F.G. Scoca, *Autorità e consenso*, cit. In relazione a tale tema, restano fondamentali le conclusioni rassegnate da M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II, 61, ove l'illustre autore, nel declinare le relazioni intercorrenti tra autonomia privata e potere discrezionale, specie amministrativo, prendeva le mosse dalla constatazione per la quale *"in sede concettuale, autonomia privata e potere discrezionale non hanno alcun rapporto; stanno, come si dice, su piani diversi [...] L'autonomia privata è una posizione giuridica soggettiva (del soggetto in quanto agisca in rapporti interprivati in un ordinamento generale [...]); la discrezionalità è la qualità di una delle specie di potestà non libere. Si è però supposto che se autonomia privata e discrezionalità non sono rapportabili, tuttavia sarebbero rapportabili l'autonomia privata e la discrezionalità amministrativa [...] Ma anche questo non è vero, sempre per la stessa ragione: che la discrezionalità attiene alla funzione, l'autonomia privata all'amministrazione agente uti singulus"*.

¹⁷⁶ Si vedano, in particolare, le osservazioni formulate da G. Poli, *Autonomia privata e discrezionalità amministrativa. La prospettiva della ragionevolezza*, in *Dir. amm.* 2018, 4, specie 878, ove l'autore, nel ricondurre ad un fondamento dogmatico unitario le categorie concettuali dell'autonomia privata e della discrezionalità amministrativa, non si esime dal rimarcare il fatto che *"nei rapporti tra privati la legge, una volta regolati in astratto i conflitti tra interessi di pari grado riferibili a diverse sfere soggettive, cede il passo alla libera espressione della volontà individuale. Nello spazio dell'agire non occupato dalla legge, infatti, al privato è restituito il dominio completo sui propri interessi, essendo ammesse illimitate (e insindacabili) possibilità di scelta"*.

¹⁷⁷ Si ponga mente, in particolare, alle conseguenze che sarebbero determinate dall'eventuale riconduzione delle posizioni giuridiche attive riconosciute in capo all'amministrazione committente nell'alveo dell'autonomia privata, piuttosto che al paradigma del potere amministrativo a connotazione pubblicistica e discrezionale— in quanto tale destinato ad involgere la graduazione e l'apprezzamento di interessi e posizioni giuridiche in conflitto—, ovvero di matrice valutativa—, giacché implicante l'esercizio del potere di scelta in ordine a più soluzioni o misure all'uopo adottabili in relazione alla fattispecie concreta—, specie laddove si rivelasse carente una disposizione legislativa la quale estendesse alle fattispecie de quibus l'osservanza dei principi generali atti a conformare l'esercizio dell'attività amministrativa di matrice autoritativa ed altresì allorché si adombrassero i condizionamenti derivanti dalla sussistenza del vincolo di scopo in relazione a qualsivoglia manifestazione dell'attività posta in essere dai pubblici poteri. In altri termini, l'esclusione dei procedimenti di valutazione comparativa dall'ambito di operatività del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, come tradizionalmente inteso in relazione ai rapporti ed alle fattispecie ricadenti entro il perimetro della disciplina pubblicistica, che sembrerebbe conseguire in via necessitata alla negazione del carattere pubblicistico—, quand'anche sicuramente non configurabile quale espressivo del carattere dell'autoritatività— delle posizioni rivestite e dell'attività posta in essere dal pubblico committente, sortirebbe l'effetto di configurare come incompressibile e ritenere, pertanto, non condizionabile, se non in negativo, la formazione del *voluto* da parte dell'amministrazione committente e, dunque, *la signoria della volontà* dell'amministrazione, con la conseguenza di determinare l'impossibilità di giustificare l'eventuale sproporzione sussistente tra la massimizzazione delle istanze di tutela ambientale ed il pregiudizio arrecato alle posizioni giuridiche attive vantate dalla controparte contrattuale. Diversamente, laddove si aderisse ad una concezione evolutiva del principio di proporzionalità, sorgendo in esso un criterio di mediazione e moderazione del potere sia pubblico sia privato, l'iscrizione

trascurabili riflessi sulla complessiva articolazione del procedimento preordinato alla scelta del contraente ed ai vincoli al rispetto dei quali l'azione dell'amministrazione committente sia destinata a soggiacere, risultando, al contrario, significativamente limitato il perimetro dell'agire dei pubblici poteri.

Ciò che, se da un canto, rende ragione dei temperamenti apposti¹⁷⁸ alla formazione ed alla successiva manifestazione della volontà contrattuale¹⁷⁹ da parte dell'amministrazione committente, dall'altro sortisce l'effetto di ingenerare interrogativi in merito alla natura e consistenza dei poteri di valutazione in capo alla prima riconosciuti in relazione al perseguimento di istanze di tutela delle risorse naturali e di sostenibilità ambientale, in rapporto agli ulteriori interessi pubblici e privati che si pongano sullo sfondo della procedura di aggiudicazione e che, pur non involgendo l'acquisizione e selezione degli interessi compresenti¹⁸⁰, inevitabilmente condizionano, sia pur *ab externo*, il concreto episodio di esercizio del potere.

La riconduzione di tale variegato complesso di attività che implicano, in linea di principio, il compimento di un giudizio destinato ad estrinsecarsi nell'espressione di una valutazione¹⁸¹⁻

dell'attività posta in essere dall'amministrazione committente tra le manifestazioni dell'autonomia privata della medesima sortirebbe l'effetto di strutturare il ruolo del principio secondo una prospettiva analoga rispetto a quella che, in relazione al canone di ragionevolezza, ha preso corpo nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale civilistiche, determinandone la trasformazione da regola volta a conformare la condotta del pubblico agente ed in rapporto alla quale vagliarne l'eventuale deviazione dal paradigma normativamente tracciato attraverso una valutazione in merito alla congruità ed alla meritevolezza dell'assetto degli interessi sotteso alla scelta amministrativa, in limite esterno all'esplicazione della libera determinazione del contraente.

¹⁷⁸ Sull'ascrizione alla fase di scelta del contraente e, in una prospettiva generale, al procedimento pubblicistico c.d. di evidenza pubblica della funzione di delineare l'assetto degli interessi idoneo alla cura in concreto del pubblico interesse e destinato ad estrinsecarsi in forme provvedimentali, sia consentito rinviare alle conclusioni rassegnate da S.S. Scoca, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008, specie cap. II.

¹⁷⁹ Per la riconduzione degli atti amministrativi costitutivi della fase procedimentale dell'evidenza pubblica nel procedimento di formazione della volontà dell'amministrazione contraente, resta fondamentale il rimando all'opera di G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986.

¹⁸⁰ Com'è stato acutamente osservato da parte di autorevoli voci della scienza amministrativistica, i procedimenti preordinati alla selezione della controparte contrattuale privata e, più in generale, le procedure inquadrabili nell'alveo dei procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale, sembrerebbero caratterizzarsi per la spendita, da parte delle stazioni appaltanti e, per esse, del seggio di gara, di potestà riconducibili essenzialmente nel novero delle valutazioni tecniche, involgendo, di contro, la preventiva selezione e ponderazione degli interessi le fasi prodromiche rispetto all'indizione del procedimento comparativo, prima fra tutte l'eventuale fase di programmazione e progettazione dell'opera. Riservandosi al prosieguo dell'indagine un tentativo di individuazione delle posizioni concretamente riconducibili all'esercizio di un potere discrezionale, sia, nella presente sede, consentito rinviare alle osservazioni in tema di progressiva degradazione della discrezionalità amministrativa nelle diverse fasi in cui si articolano il procedimento di valutazione formulate da S. Vinti, *L'evidenza pubblica*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti con le pubbliche amministrazioni*, Torino, I, 2007.

¹⁸¹ Sulla categorizzazione concettuale della nozione di discrezionalità tecnica quale attività di puro giudizio, resta fondamentale l'insegnamento di M.S. Giannini. Sia, al riguardo consentito richiamare la distinzione tra la discrezionalità amministrativa e la discrezionalità tecnica delineata dall'autore nell'ultima edizione del celebre

quand'anche condotta al lume di cognizioni non esclusivamente giuridiche bensì tecniche o, in termini generali, proprie di altre branche del sapere- all'interno dell'unitaria categoria dell'attività amministrativa consente, in altri termini, di ritenere estensibili alle prime i principi e le regole di giudizio originariamente elaborate in relazione all'attività di matrice autoritativa e strettamente discrezionale, incidendo sul concreto episodio di esercizio del potere e, segnatamente, sulla possibilità di ritenere sussistente, in relazione alle fattispecie *de quibus*, il potere di selezionare e determinare la cedevolezza ovvero la primazia degli interessi pubblici e privati che nel contesto di quelle vengano in rilievo.

L'ascrizione delle valutazioni riservate alle amministrazioni contrattanti e, per esse, al seggio di gara nell'alveo della *discrezionalità amministrativa*¹⁸² ovvero delle *valutazioni tecniche*¹⁸³ od ancora

manuale, Milano, 1993, 56 e che, come noto, rappresenta una tra le più significative estrinsecazioni del percorso evolutivo della nozione di potere discrezionale rintracciabile nell'elaborazione dell'illustre autore e, in particolare, dell'affrancamento della discrezionalità tecnica dalla discrezionalità pura e di entrambi i concetti rispetto alla contigua categoria concettuale del merito amministrativo, originariamente teorizzata quale nozione onnicomprensiva atta a ricomprendere all'interno del proprio campo applicativo le nozioni dapprima richiamate: "La discrezionalità si riferisce [...] ad una potestà, e implica giudizio e volontà insieme; la discrezionalità tecnica si riferisce ad un momento conoscitivo, e implica solo giudizio: ciò che attiene alla volizione viene dopo, e può coinvolgere o non coinvolgere una separata valutazione discrezionale"

¹⁸² Sulla nozione di discrezionalità amministrativa, la bibliografia è sterminata. Riservandosi al prosieguo della presente trattazione una compiuta ricostruzione della nozione, sia, nella presente sede, consentito rinviare ad A. Piras, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc.dir.*, XIII, Milano, 1964, V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir.proc.amm.*, G. Barone, *Discrezionalità (diritto amministrativo)*, in *Enc.giur.*, XIII, Roma, 1989, F.G. Scoca, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv.trim.dir pubbl.*, 2000, 4, 1149 ss.

¹⁸³ Sulla nozione di valutazione tecnica come nozione risolutiva del polimorfo concetto di discrezionalità tecnica, si vedano le osservazioni formulate da D. de Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, nonché, più di recente, Id. *Valutazione tecnica*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 2006, VI. Per una ricostruzione degli orientamenti emersi in seno alla scienza giuridica, si vedano le conclusioni rassegnate da G.C. Spattini, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir.proc.amm.* 1, 2011, 133.

degli *apprezziamenti tecnici di tipo c.d. operativo*¹⁸⁴, per quanto nell'attuale panorama giuridico¹⁸⁵ e, precipuamente, sul versante giurisprudenziale appaia deprivata di rilievo¹⁸⁶, si rivela

¹⁸⁴ Riservando al prosieguo della presente trattazione ed alle successive note una più esaustiva ricostruzione delle elaborazioni concettuali emerse in seno alla scienza del diritto pubblico nazionale in relazione alla categorizzazione concettuale dell'attività valutativa posta in essere dalle pubbliche amministrazioni nell'esercizio delle funzioni istituzionalmente commesse, con precipuo riguardo all'istituzione di un *discrimen* tra l'attività di matrice squisitamente discrezionale e l'attività ricadente entro il perimetro delle valutazioni o degli apprezzamenti tecnici, anche in relazione ai profili riferibili alla sindacabilità in sede giurisdizionale degli atti costituenti la risultante di tale valutazione, sia consentito nella presente sede anticipare come l'iscrizione a tale *species* dell'attività amministrativa involgente complessi apprezzamenti delle situazioni di fatto costituenti il presupposto per la successiva adozione di atti o provvedimenti amministrativi, caratterizzanti per la concreta applicazione di una norma tecnica o, più in generale, di una regola non giuridica, sia rinvenibile in F. Salvia, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. amm.*, 1992, 4, specie 702 ss. In particolare, traendo le fila del dibattito emerso in seno alla dottrina giuspubblicistica nazionale soprattutto a partire dalla seconda metà degli anni Ottanta dello scorso secolo e principiando dalla riscoperta del tema del fondamento dogmatico e dei limiti della categoria concettuale della discrezionalità tecnica imputabile alla progressiva tecnicizzazione di interi settori disciplinati dalla legislazione primaria ed alla correlata problematica delimitazione dei rapporti tra norme giuridiche e norme tecniche, l'autore, pur condividendo l'intimo fondamento delle teoriche tendenti a sceverare l'attività discrezionale pura dall'attività valutativa di natura tecnica in relazione al diverso atteggiarsi dell'interesse pubblico- oggetto di ponderazione comparativa con gli interessi pubblici secondari e privati compresenti nella prima; nella seconda estraneo all'attività valutativa e compiutamente bilanciato e determinato dalla norma attributiva del potere- giunge ad obliterare la validità delle tesi tendenti a ravvisare nell'articolato genus delle valutazioni tecniche una categoria giuridica unitaria, costruita in opposizione rispetto alla discrezionalità amministrativa. Segnatamente, nel distinguere nettamente gli *acclamamenti tecnici*, che si sostanzerebbero in manifestazioni di scienza, di giudizio o di opinione, di carattere semplice o complesso, preordinati alla verifica dell'esistenza, della qualità ovvero della quantità di fatti relativi a situazioni o persone, dagli *apprezziamenti tecnici di tipo operativo*, i quali, pur sostanziosamente nell'esercizio di una valutazione tecnica, da condurre al lume dei criteri e delle regole scientifiche, presuppongono il preventivo compimento di un'opera di selezione e di ricomposizione degli interessi compresenti sui quali l'apprezzamento tecnico sia destinato a dispiegare direttamente od indirettamente i propri effetti, l'autore ha in questi termini delineato gli elementi di omogeneità e di alterità strutturale e funzionale tra gli *apprezziamenti operativi* e gli atti costituenti esercizio di *ponderazione discrezionale*, p. 707: "Le valutazioni tecniche di tipo operativo- a differenza degli acclamamenti tecnici [...] non si pongono in una posizione di assoluta neutralità rispetto al gioco degli interessi. Dette valutazioni, infatti, oltre a poter subire [...] condizionamenti esterni [...] presentano anche dal punto di vista strutturale spiccate analogie con la discrezionalità, nel senso che in esse è presente- ed è fisiologica- quella tensione alla composizione di interessi che è tipica dell'agire discrezionale. Le differenze tra le valutazioni tecniche di tipo operativo e la discrezionalità stanno soprattutto negli effetti: le prime sono quasi sempre atti interni, prodromici ad una decisione; le scelte discrezionali sono invece espressione di un potere di amministrazione attiva e come tali hanno la capacità di incidere immediatamente sulle situazioni giuridiche soggettive [...]. L'esigenza di composizione degli interessi diviene essenziale [...] in tutti i casi in cui l'attività tecnica della P.A. non si risolva in giudizi di esistenza ma in valutazioni o attività di tipo operativo. Tanto più la tecnica assume aspetti operativi tanto più l'esigenza della composizione degli interessi diviene pregnante".

¹⁸⁵ Valga, per tutti, il riferimento alle osservazioni critiche formulate da C.E. Gallo, *Potere amministrativo e valutazioni discrezionali*, in S. Perongini (a cura di), *Al di là del nesso autorità/ libertà: tra legge e amministrazione. Atti del convegno di Salerno 14-15 novembre 2014*, Torino, 2017, 31 ss. ove si pone in rilievo la relazione consequenzialità sussistente tra la mancata distinzione tra le diverse *species* di potere che vengano in rilievo nell'esercizio dell'azione amministrativa e la perpetuazione di orientamenti interpretativi tendenti a frapporre limiti alla piena sindacabilità degli atti che di quel potere costituiscano esercizio.

¹⁸⁶ È noto, al riguardo, come la lettura dei più recenti arresti del Supremo consesso amministrativo si caratterizzi per la riproposizione, con precipuo riferimento all'attività contrattuale posta in essere dai pubblici poteri, delle prese di posizione tendenti ad assimilare le nozioni di discrezionalità amministrativa e di discrezionalità tecnica- in parte richiamantisi all'elaborazione concettuale del Ranalletti, nella cui fondamentale opera dedicata ai *Principii di diritto amministrativo*, l'attività amministrativa veniva ad essere tralasciata come discrezionale sol perché caratterizzata dal riconoscimento, in capo ai pubblici poteri, di uno spazio libero di determinazione della propria azione anche attraverso l'esercizio di una valutazione- sebbene non in relazione all'individuazione del fondamento ultimo e delle caratteristiche intrinseche delle diverse potestà, bensì in relazione alla limitazione del sindacato giurisdizionale ai soli profili involgenti una macroscopica irragionevolezza ed irrazionalità della valutazione tecnica compiuta dall'amministrazione. Con particolare riguardo al contenzioso in materia di contratti pubblici, tale profilo è ben

imprescindibile al fine di comprendere pienamente i limiti che caratterizzano sul piano sostanziale l'esercizio del potere amministrativo e, in sede processuale, condizionano la sindacabilità dei margini di scelta commessi al pubblico contraente e, prima ancora, si riflettono sulla configurabilità in capo agli operatori economici eventualmente pregiudicati dall'apposizione di clausole della *lex specialis* ecologicamente orientate che si rivelassero in concreto eccessivamente restrittive, di posizioni giuridiche attive concretamente ed effettivamente tutelabili in sede giurisdizionale.

L'analisi che si intende operare richiede che la presente ricostruzione sia condotta su due livelli. Per quanto esuli dall'oggetto della presente dissertazione una indagine la quale concerna la disamina dei caratteri intrinseci della funzione legislativa¹⁸⁷, la circostanza per la quale l'interesse ambientale risulti implicitamente ascrivibile nel novero dei valori costituzionalmente garantiti¹⁸⁸, con le conseguenze che da ciò derivano in ordine alla ricostruzione dei termini entro i quali debba aver luogo la ponderazione dell'interesse de quo con gli interessi al libero dispiegamento dell'iniziativa economica e della contendibilità delle commesse, unita alle limitazioni derivanti dalla vigenza della regolazione di derivazione sovranazionale¹⁸⁹, imporrà di premettere alla ricostruzione delle evoluzioni disciplinari

evidenziato da F.G. Scoca, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, in *Dir.proc.amm.*, 2020, 4, 1095 ss., ove l'a., nel richiamare l'indirizzo interpretativo consolidato in relazione al lo scrutinio giudiziale in tema di valutazione delle offerte tecniche e di individuazione della soglia di anomalia, confutando i presupposti argomentativi attraverso l'istituzione di una linea di demarcazione tra l'apprezzamento degli interessi, come tale riservato all'amministrazione, e la cognizione dei fatti e del percorso argomentativo che si collochino alla base dell'adozione del provvedimento, ne rimarca gli effetti di preclusione di un sindacato effettivo, con inevitabili conseguenze in punto di garanzia dell'effettività della tutela delle posizioni giuridiche attive vantate dall'operatore economico partecipante al confronto competitivo, pregiudicate dall'inesattezza della valutazione tecnica compiuta dalla stazione appaltante.

¹⁸⁷ Sul punto, sia consentito rinviare all'amplessima bibliografia in materia ed, in particolare, alla più recente manualistica di diritto costituzionale. Valga, per tutti, il rimando all'ormai risalente ma, nondimeno, di perdurante interesse scritto di S. Romano, *Osservazioni preliminari per una teoria dei limiti della funzione legislativa*, Roma, 1902, A. M. Sandulli, *Legge*, in *Noviss. Dig. it.* Torino, 1963, IX, 630 ss., ora in Id. *Scritti giuridici. Diritto Costituzionale*, I, Napoli, 1992, 115 ss., Con particolare riguardo al problema della configurabilità di una potestà legislativa discrezionale ed ai vincoli derivanti alla legislazione ordinaria dalla vigenza di una costituzione rigida, si vedano C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1940, V. Zangara, *Limiti della funzione legislativa nell'ordinamento italiano*, Padova, 1955, L. Paladin, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 1956, 6, 993 ss., F. Felicetti, *Discrezionalità legislativa e giudizio di costituzionalità*, in *Foro it.*, 1986, M. Scudiero e S. Staiano, *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Napoli, 1999, F. Modugno, *L'invalidità della legge*, Milano, 1970, *Legge (vizi della)*, in *Enc. dir.*, XXIII, , Milano, 1973, 1031 ss.

¹⁸⁸ Rinvenendosene, in particolare, un fondamento nelle disposizioni di cui agli artt. 9 e 32, Cost. In argomento F. de Leonardis, *L'ambiente tra i principi fondamentali della Costituzione*, in *Federalismi*, 2004, 3, S. Grassi, *Ambiente e Costituzione*, in *Riv. quadr. dir. ambi.*, 2017, 3, più di recente F. de Leonardis, *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost.*, in *Riv. quadr. dir. ambi.*, 2020, 1, dello stesso autore *Ambiente e costituzione economica*, in *Dir. econ.*, 2019, 3.

¹⁸⁹ Sul punto, sia consentito richiamarsi alla più recente manualistica di diritto costituzionale e diritto dell'Unione europea per la ricostruzione, in chiave storica, delle relazioni intercorrenti tra la regolazione di derivazione euro-

intervenute nel panorama nazionale nel corso dell'ultimo trentennio una necessariamente incompleta riflessione sui margini di apprezzamento commessi al legislatore interno nella valorizzazione delle istanze di sostenibilità ambientale, ponendo l'accento tanto sui profili teorici quanto sui risvolti di ordine pratico che connotino l'esercizio della potestà legislativa in *subiecta materia*.

Ciò che consentirà di apprezzare pienamente la consistenza dei mutamenti all'uopo intervenuti e le ricadute applicative della progressiva internalizzazione dell'interesse ambientale sulle valutazioni riservate ai pubblici poteri e, dunque, sull'esercizio dell'azione amministrativa, benché con esclusivo riguardo all'attività consensuale.

Tali considerazioni sembrerebbero viepiù imporsi specie ove si rivolga l'attenzione al divergente approccio alla contrattazione ecologicamente orientata, quale emergente da talune disposizioni di cui all'attuale D.Lg. 16 aprile 2016, n. 50 e ss.mm.ii., nella parte in cui ingenera non peregrini interrogativi in relazione all'eventuale sproporzione nel rapporto tra i prefati interessi o dell'equilibrato temperamento dei medesimi, potenzialmente rinvenibile dalle scelte operate in via legislativa ed, in misura ancor più significativa, in relazione ai caratteri intrinseci dell'attività operata a valle dalle amministrazioni aggiudicatrici in sede di stesura delle disposizioni capitolari e di predeterminazione delle clausole del bando di gara.

Quel che preme porre in rilievo è, in altri termini, la necessità di procedere alla determinazione della natura dell'attività in tale sede dispiegata, al fine di comprendere tanto se sussistano ulteriori margini di manovra in capo alle amministrazioni aggiudicatrici, quanto se l'eventuale connotazione della medesima alla stregua di attività vincolata¹⁹⁰ o di attività di matrice-valutativo discrezionale sortisca effetti in punto di sindacabilità delle scelte amministrative e, precipuamente, di latitudine dei confini dell'accertamento riservato all'autorità giudiziaria.

A tale sommaria ricostruzione seguirà un'analisi volta alla determinazione della natura giuridica dei poteri esercitati dall'amministrazione aggiudicatrice in ordine alla valorizzazione delle

unitaria e la disciplina di diritto interno e delle implicazioni di ordine concettuale e pratico correlate all'adesione alle tesi moniste o dualiste.

¹⁹⁰ Con particolare riguardo all'applicazione, da parte delle stazioni appaltanti, dei criteri ambientali minimi relativamente alle categorie e tipologie contrattuali per le quali i decreti ministeriali siano in vigore ed alla natura dell'attività dalle prime esercitata in sede di definizione della *lex specialis* di gara, valga il richiamo al recente arresto reso dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Milano, I, 24 aprile 2020, n. 685, in *L'amministrativista*

variabili ambientali in relazione alle fattispecie non ricadenti entro l'ambito di applicazione della disposizione di cui all'art. 34, commi primo e secondo¹⁹¹, D.Lg. n. 50/2016, volgendo l'attenzione al diverso atteggiarsi del potere amministrativo nei segmenti nei quali la procedura di aggiudicazione si articola.

In tale prospettiva, al pari di quanto si tenterà di evidenziare nel prosieguo, la considerazione in momenti ed in una *sedes materiae* separati delle posizioni che caratterizzino l'operato dell'amministrazione aggiudicatrice in termini di natura dei poteri esercitati si giustifica in ragione del divergente margine di sindacabilità delle soluzioni concretamente adottate e, precipuamente, in ragione del differente operare del controllo sulla proporzionalità delle scelte all'uopo adottate.

2. *Incidenza della caratterizzazione della tutela ambientale quale implicito valore (implicito) costituzionale: natura e consistenza dell'attività riservata al Legislatore nazionale.*

La compiuta comprensione delle innovazioni rivenienti nell'attuale contesto giuridico in dipendenza del recepimento delle disposizioni legislative di diritto derivato sovranazionale e degli approdi della giurisprudenza europea postula di ripercorrere, sia pur sinteticamente, le vicende che hanno caratterizzato nell'ordinamento nazionale l'internalizzazione dell'interesse ambientale nella disciplina in materia di pubbliche commesse, le quali denotano la sussistenza

¹⁹¹ Sia, al riguardo, consentito richiamare alla memoria la disposizione di cui all'art. 34, D.Lg. 18 aprile 2016, n. 50, rubricato "criteri di sostenibilità energetica e ambientale", a mente della quale: «1. Le stazioni appaltanti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e conformemente, in riferimento all'acquisto di prodotti e servizi nei settori della ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari, ((anche)) a quanto specificamente previsto all'articolo 144. 2. I criteri ambientali minimi definiti dal decreto di cui al comma 1, in particolare, i criteri premianti, sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 95, comma 6. Nel caso di contratti relativi alle categorie di appalto riferite agli interventi di ristrutturazione, inclusi quelli comportanti demolizione e ricostruzione, i criteri ambientali minimi di cui al comma 1, sono tenuti in considerazione, per quanto possibile, in funzione della tipologia di intervento e della localizzazione delle opere da realizzare, sulla base di adeguati criteri definiti dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare.3. L'obbligo di cui ai commi 1 e 2 si applica per gli affidamenti di qualunque importo, relativamente alle categorie di forniture e di affidamenti di servizi e lavori oggetto dei criteri ambientali minimi adottati nell'ambito del citato Piano d'azione»

di profondi elementi di divergenza rispetto le esperienze invalse in altri contesti ordinamentali nazionali, pur richiamantisi alla tradizione dei sistemi giuridici *à droit administratif*¹⁹².

La pervasività della regolazione di diritto sovranazionale e l'originaria ritrosia manifestata dalle istituzioni euro-unitarie rispetto alla considerazione di interessi altri dalla garanzia del *best value for money* e della contendibilità del settore dei pubblici affidamenti impongono di soffermarsi sulle eventuali limitazioni che l'esercizio della potestà legislativa incontra in dipendenza dell'appartenenza all'ordinamento euro-unitario in merito all'integrato perseguimento di obiettivi di matrice sociale ed ambientale nel contesto della più generale disciplina delle attività economiche.

Collocandosi in tale ordine di idee, è fuor di dubbio che l'estensione delle competenze devolute alle istituzioni euro-unitarie, il ridimensionamento del perimetro delle attribuzioni riservate alle compagini nazionali e, unitamente, la graduale affermazione di un sempre più complesso corpus di procedimenti amministrativi destinati ad assolvere la funzione di meccanismi di attuazione indiretta¹⁹³ delle disposizioni di diritto derivato determinino la necessità di riparametrare l'ambito entro il quale l'attività realmente libera del legislatore nazionale sia destinata a dispiegarsi, con la conseguenza che quest'ultima ridondi, in linea di principio, in un'attività a connotazione discrezionale.

Aderendo a tale prospettiva, sebbene siano note le obiezioni mosse dalla corrente di pensiero maggioritaria¹⁹⁴ rispetto al riconoscimento di un carattere discrezionale nell'attività legislativa,

¹⁹² Il riferimento corre, indubbiamente, all'esperienza tedesca la quale, come unanimemente posto in rilievo dalla scienza giuridica sembrerebbe essersi connotata per una spontanea adesione all'integrazione delle esigenze di carattere ambientale nel settore della contrattazione pubblica. Per una ricostruzione dei prodromi della contrattazione sostenibile in Germania, con particolare riguardo alla regolazione del sistema di attribuzione dei marchi ecologici e, segnatamente, all'introduzione del marchio nazionale denominato Blauer Engel e alle prime esperienze di contrattazione ecologicamente orientata nell'ordinamento giuridico austriaco, si vedano le osservazioni formulate da A. Ochoa, V. Führ, D. Günther, *Green purchasing in practice. Experiences and new approaches from the pioneer countries*, in C. Erdmenger (a cura di), *Buying into the environment: experiences, opportunities and potential for eco-procurement*, Sheffield, 2003, specie 21 ss.

¹⁹³ Per la considerazione dell'integrazione amministrativa alla stregua di cifra essenziale del processo di edificazione della comunità di diritto europea, si vedano le acute riflessioni formulate da S. Cassese, *Le basi costituzionali*, in Id. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, I, 185 ss.

¹⁹⁴ Sul punto, restano tuttora rilevanti le osservazioni formulate da M.S. Giannini nell'ormai risalente ma, nondimeno, di perdurante interesse monografia dedicata allo studio del concetto giuridico di discrezionalità, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, ora in Id. *Scritti giuridici*, I, Milano, 2000, specie 104 ss.. Segnatamente, nello scervere le forme particolari della discrezionalità, sulla scorta della determinazione della natura e della struttura degli interessi a ciascuna di esse correlati, muovendo dall'elaborazione del concetto di discrezionalità legislativa come riveniente dall'opera della risalente dottrina italiana e francese, l'autore ravvisava il *punctum dolens* delle interpretazioni tendenti ad assimilare le nozioni di discrezionalità legislativa ed amministrativa nell'unificazione delle categorie della *funzione* e del *dovere*: "Secondo alcuni la discrezionalità è un normale attributo del legislatore: discrezionalità latissima, ma tuttavia limitata dovere che gli incomberebbe di emanare provvedimenti

tale da assimilarla all'attività amministrativa discrezionale, e rivenienti il proprio fondamento nella considerazione per la quale l'attività di posizione delle leggi non sia volta alla cura¹⁹⁵ ed al contemperamento degli interessi compresenti rispetto ad un interesse pubblico considerato come primario, rivelandosi, di contro, essenzialmente libera nel fine,¹⁹⁶ in una con il margine di manovra riservato dalla legislazione euronitaria in relazione alla selezione e ricomposizione degli interessi pubblici, *recte* dei singoli beni oggetto di giuridica disciplina¹⁹⁷, è del pari d'uopo porre in rilievo come l'attività del legislatore interno risenta delle limitazioni funzionali¹⁹⁸ rivenienti dal consolidamento di disposizioni, progressivamente assunte al rango di principi

corrispondenti alla giustizia e al pubblico interesse. Gli equivoci di quest'opinione sono palesi: la discrezionalità è infatti una sfera di disposizione positivamente limitata, né si deve scambiare il dovere giuridico con la funzione"

¹⁹⁵ *Contra* C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1940, p.215, nota 122 ove l'autore, nel confutare la tesi gianniniana circa l'inammissibilità di un potere discrezionale in capo al Legislatore ha posto in rilievo come "Pare debba ammettersi che il legislatore agisce non solo per l'interesse alla composizione degli interessi, ma per il raggiungimento dell'interesse ad attuare in un determinato modo, che è quello dei fini propri dello Stato in un certo momento, quella composizione". In senso parzialmente adesivo, sia pur abbracciando la prospettiva dell'unificazione delle variegate *species* di attività poste in essere dai pubblici poteri nell'alveo della categoria concettuale della discrezionalità F. Rocco, *Discrezionalità e controlli sul suo esercizio (Spunti e rilievi dogmatici)*, in *Foro it.*, 1954, LXXVII, pt. IV, 1 ss., ove, in particolare, relativamente all'attività legislativa l'autore distingue tra una "discrezionalità sovrana" caratteristica degli ordinamenti giuridici a costituzione flessibile ed una "discrezionalità limitata", osservando che: "nei paesi a costituzione rigida, come il nostro, quella discrezionalità incontra pure qualche limite di ordine giuridico-politico nelle norme precettive della Costituzione, e forse anche in qualche principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale, che dalla Carta statutaria chiaramente derivi".

¹⁹⁶ Osserva, ancora, M.S. Giannini, *op. ult. cit.*, 106 "A differenza che nella discrezionalità amministrativa, non vi è qui un interesse essenziale da valutare al lume di interessi secondari: il legislatore non cura interessi, ma ne disciplina preventivamente il possibile urto [...]; onde di fronte a lui tutti gli interessi stanno in una posizione paritaria. L'imposizione del limite positivo si esaurisce perciò nel doversi attenere, nell'atto legislativo, a determinate materie, e potrebbe avvenire anche siano indicati determinati criteri. Anche in questo caso ciò non significherebbe ancora che determinati interessi sono assunti come essenziali, di fronte ad altri che diverrebbero secondari"

¹⁹⁷ Non sarebbe questa la sede per ripercorrere esaustivamente le relazioni intercorrenti tra l'ordinamento giuridico euronitario e gli ordinamenti giuridici nazionali in punto di perimetrazione delle competenze legislative attratte all'uno od all'altro livello ordinamentale. Sul punto, sia consentito rinviare a G. Greco, *I rapporti tra ordinamento comunitario e nazionale*, in M.P. Chiti (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte generale*, I, Milano, 2007, 827 ss. anche per un'esautiva rassegna delle posizioni emerse in seno alla giurisprudenza costituzionale nel corso dell'ultimo trentennio, nonché alle interessanti notazioni formulate da G. Cocco, *Riserva di ordinamento e "specialità" del diritto comunitario*, in *Riv.it. dir.pubbl.com.*, 1992, 3, 767ss., Id. *Una convivenza voluta ma sofferta: il rapporto tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Riv.it. dir.pubbl.com.* 1991, 3, 641ss.

¹⁹⁸ Condizionamento degli spazi della libertà riconosciuti in capo al legislatore nazionale già pienamente colto da M.S. Giannini, *op.ult.cit.*, 107, ed in linea di principio riproponibile nella configurazione ordinamentale attualmente in essere, ove l'autore, nel prendere posizione sulle relazioni intercorrenti tra attività del legislatore nazionale ed attività normativa delle organizzazioni internazionali osservava che: "La discrezionalità nelle norme primarie sembra a noi che si abbia in due casi: quando l'attività legislativa è condizionata alle norme di un altro ordinamento superiore, e quando vi sia delega non generale. La prima specie si ha quando una attività legislativa determinata sia imposta da norme internazionali o da norme di unioni istituzionali di Stati rispetto alla legislazione degli Stati partecipanti: questo può avvenire in tutte le unioni [...] ma particolare interesse presenta nei riguardi della discrezionalità legislativa negli Stati membri di uno Stato federale. Non per tutte le materie che nell'ordinamento di uno Stato federale sono riservate alla competenza dei singoli Stati membri si può parlare di discrezionalità legislativa, ma solo per quelle che lo Stato membro è tenuto a disciplinare per espressa disposizione dello Stato federale. Questo può giungere fino a imporre determinate direttive da seguire nelle singole leggi: allora sorgono complessi problemi circa il possibile urto tra i due ordini di norme, che a quanto sembra, devono essere considerate ambedue come norme primarie"

generali dell'ordinamento eurounitario, destinate a riverberare i propri effetti¹⁹⁹ sul diritto interno, *per forza propria* e, dunque, a prescindere da un espresso recepimento ad opera della fonte costituzionale o legislativa primaria nazionale.

Si ponga mente, in tale prospettiva, ai condizionamenti derivanti dall'immanente vigenza del principio di concorrenza, in parte direttamente ascrivibile alla legislazione primaria di derivazione sovranazionale²⁰⁰, in parte implicitamente desumibile dalla ricompressione del medesimo nel più vasto alveo della libertà costituzionalmente garantita dell'iniziativa economica privata²⁰¹ che impongono il compimento, da parte del medesimo Legislatore, di un'accurata opera di contemperamento con gli ulteriori beni giuridici che il medesimo si volga a disciplinare e tutelare, pur allorquando questi ultimi assumano la connotazione di *valori fondamentali* dell'ordinamento, in guisa da bilanciare adeguatamente il *quantum* di tutela ai medesimi riservato nell'ottica della razionalità e della proporzione²⁰².

Collocando tali notazioni nel contesto della tematica oggetto di disamina, ci si potrebbe, in altri termini, chiedere quali siano i limiti che il Legislatore nazionale incontri, pur a fronte degli spazi di intervento al medesimo riservati dalla disciplina di diritto sovranazionale, in punto di valorizzazione delle variabili ambientali in rapporto alla garanzia della contendibilità dei pubblici affidamenti.

È noto, al riguardo, come la disciplina riveniente dal diritto derivato sovranazionale da un lato ponga in capo alle amministrazioni nazionali l'obbligo di adottare misure atte a

¹⁹⁹ Il riferimento corre, indubbiamente, alla progressiva canonizzazione, ad opera della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, mercé il trapasso del principio de quo dall'ordinamento giuridico tedesco, del principio di proporzionalità. Sebbene, come noto, tale principio incida sull'esercizio della funzione amministrativa ad opera delle amministrazioni nazionali, è nondimeno d'uopo porre in rilievo la circostanza per la quale esso rappresenti, sia pur in via indiretta, un vincolo per la stessa attività legislativa degli Stati membri, come sembrerebbe lecito arguire dal fatto che nell'elaborazione pretoria sovranazionale tale canone abbia costituito il parametro rispetto al quale vagliare la compatibilità con la disciplina di diritto primario europeo di misure legislative derogatorie del diritto eurounitario. Valga, per tutti, il rimando all'ormai risalente pronuncia della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 15 maggio 1986, *Johnston*, in causa C-222/84

²⁰⁰ E, di riflesso, trasmigrata nell'ordinamento giuridico nazionale.

²⁰¹ Sul fondamento costituzionale del principio di concorrenza, si vedano le conclusioni rassegnate da F. Cintioli, *L'art.41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"*, in www.astridonline.it, nonché F. Trimarchi Banfi, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir.amm.*, 1-2, 2013, 15 ss.

²⁰² Sull'importanza del bilanciamento tra valori costituzionali, M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in www.cortecostituzionale.it

garantire il rispetto degli obblighi in materia ambientale da parte degli aspiranti contraenti²⁰³, in tal guisa istituendo una relazione diretta tra il vaglio circa il rispetto della conferente legislazione posta a presidio del bene ambientale e lo scrutinio relativo all' idoneità a contrarre dell' aspirante aggiudicatario, dall' altro vincoli gli Stati membri e, per essi, le amministrazioni aggiudicatrici al rispetto della parità di trattamento tra i potenziali offerenti ed alla garanzia di condotte non discriminatorie.

Tra le disposizioni maggiormente significative e, del pari, foriere di interrogativi sembrerebbero da annoverarsi le misure all' uopo adottate nell' ordinamento nazionale in punto di vincolatività all' applicazione di standard minimi di tutela ambientale in relazione a determinate fattispecie negoziali.

In altri termini, se il riconoscimento dell' effettiva cogenza delle condizioni richiamate dagli atti interni di normazione secondaria recanti gli standard ambientali minimi di tutela da applicare in relazione alle procedure di affidamento aventi ad oggetto le tipologie e prestazioni contrattuali relativamente alle quali siano stati adottati i decreti ministeriali recanti i criteri ambientali minimi può apparire una soluzione apprezzabile, giacché finalizzata a garantire l' effettiva vincolatività, per le stesse amministrazioni nazionali, del principio di integrazione²⁰⁴ della tutela ambientale, non sembrerebbe revocabile in dubbio la necessità di interrogarsi in ordine alla latitudine dei confini entro i quali i margini di intervento lasciati in capo al potere

²⁰³ Giovi, al riguardo, richiamare alla memoria la disposizione di cui all' art. 18, par. 2, Dir. 2014/24/UE, a tenore della quale “*Gli Stati membri adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell' esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell' Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell' allegato X.*”, disposizione, quest' ultima, la quale traduce in termini precettivi l' intento legislatoris desumibile dal *considerando* 41, nella misura in cui fa salvo l' esercizio del potere discrezionale da parte dei legislatori nazionali relativamente all' introduzione od al mantenimento di misure legislative di protezione del bene ambientale e di promozione della sostenibilità dello sviluppo, purché compatibili con il diritto eurounitario. Sull' effettiva cogenza dell' obbligo derivante dalla prefata disposizione, in combinato disposto con le previsioni in tema di esclusione obbligatoria delle offerte anormalmente basse in virtù del mancato rispetto degli obblighi di tutela ambientale surrichiamati, sia consentito rinviare alle notazioni in chiave critica formulate da M. Andhov, *Contracting authorities and strategic goals of public procurement- A relationship defined by discretion?* In S. Bogojevic, X. Groussot e J. Hettne, *Discretion in EU Public Procurement Law*, Oxford, 2019.

²⁰⁴ In argomento, si vedano le osservazioni formulate da C. Feliziani, *Industria e ambiente. Il principio di integrazione dalla Rivoluzione Industriale all' economia circolare*, in *Riv.it.dir.pubbl.com.*, 4, 2020, 843 ss. Sul principio di integrazione inteso come criterio al quale improntare l' esercizio dell' azione amministrativa, M.C. Cavallaro, *Il principio di integrazione come strumento di tutela dell' ambiente*, in *Riv.it.dir.pubbl.comunitario.*, 2, 2007, 437 ss, ove l' autrice propende per l' ascrizione al principio in commento del ruolo di “*criterio alla stregua del quale mediare e comporre il conflitto tra due valori costituzionali [...] ed altresì un criterio attraverso il quale l' amministrazione [...] esercita il proprio potere discrezionale*”.

Legislativo possano essere indirizzati ad una ancor più esaustiva valorizzazione della dimensione e vocazione ambientalmente sostenibile del mercato dei pubblici affidamenti.

Una questione, questa, la risoluzione della quale sembrerebbe imporsi precipuamente laddove si volga l'attenzione alla progressiva estensione dell'ambito di operatività della contrattazione pubblica in chiave di strumento attuativo del principio dello sviluppo sostenibile nel contesto del modello dell'economia circolare.

La circostanza per la quale il perimetro dell'effettiva vincolatività delle indicazioni e prescrizioni tecniche all'uopo individuate dalla fonte secondaria sia limitato, per così dire, ai segmenti meno problematici della procedura di affidamento²⁰⁵ se consente di apprezzare l'equilibrio della soluzione normativa, fondata, in particolare, sul riconoscimento della preminenza dell'esigenza di assicurare la contendibilità della commessa²⁰⁶, solleva, tuttavia, dubbi in relazione alla praticabilità di un'eventuale dilatazione di tale ambito anche alla fase involgente la selezione del contraente ed alla prescrizione dei requisiti di qualificazione dal medesimo posseduti²⁰⁷.

Il riferimento corre alla previsione di requisiti di capacità tecnica che si sostanzino, essenzialmente, nell'adozione ed implementazione di un sistema di gestione e minimizzazione degli impatti ambientali derivanti dall'esecuzione della commessa ed al valore probatorio delle attestazioni rilasciate dagli organismi indipendenti di valutazione.

Per chiarire al meglio i termini della questione, gioverà procedere ad una esemplificazione di carattere ipotetico. Laddove, in altri termini, seguendo un approccio analogo rispetto al percorso che ha caratterizzato la revisione delle disposizioni settoriali in tema di affidamento

²⁰⁵ Ci si riferisce, in particolare, alla predisposizione delle specifiche tecniche ed all'applicazione di condizioni di esecuzione della commessa, in una con l'eventuale ricomprensione degli standard di tutela ambientale tra gli elementi tecnici di valutazione delle offerte presentate, come emerge dalla piana lettura della disposizione di cui all'art. 34, comma secondo, D.Lg. n. 50/2016 come modificato dal D.Lg. n. 56/2017.

²⁰⁶ Come sembrerebbe emergere pianamente dalla circostanza per la quale l'eventuale richiesta di requisiti di capacità tecnica con connotazione ambientale venga ad essere tendenzialmente subordinata al compimento di una preventiva attività di valutazione delle caratteristiche del mercato di riferimento. Si veda, sul punto, quanto disposto

²⁰⁷ È noto, al riguardo, come, sebbene tale indicazione non sia stata da ultimo recepita ex art. 34, D.Lg. n. 50/2016 e ss.mm.ii., il piano d'azione nazionale in materia di GPP nella revisione adottata nell'anno 2013, al punto 4.1 ravvisasse nell'introduzione, all'interno della lex specialis di gara, dei criteri di selezione dell'offerente recati dai decreti ministeriali di approvazione dei c.a.m. uno tra gli interventi prioritari per l'attuazione della strategia nazionale in materia di sviluppo sostenibile e di incentivazione per il ricorso alla contrattazione ecologicamente orientata ed un elemento scriminante al fine della connotazione dell'acquisto come *appalto verde*.

dei servizi di gestione, trasporto e raccolta dei rifiuti²⁰⁸- ovvero ponendosi in linea di continuità con la tendenza invalsa nell'ordinamento interno all'istituzione²⁰⁹ di una rigida scansione normativa dei requisiti di partecipazione e capacità tecnica, il Legislatore, conformemente alle conferenti previsioni di derivazione europea²¹⁰, intendesse optare, per i contratti di appalto il cui oggetto ricada entro il campo di applicazione dei c.a.m., per il riconoscimento dell'abilitazione alla partecipazione sulla scorta dell'attestazione del rispetto delle misure di gestione ambientale e della relativa capacità tecnica, tale soluzione, pur tendente ad incentivare la realizzazione delle linee strategiche consolidate nel panorama sovranazionale e direttamente od implicitamente ricomprese nella tavola dei valori emergente dall'ordito costituzionale, sembrerebbe *prima facie* confliggere con l'esigenza di garantire l'ampliamento del confronto competitivo e di consentire pari *chances* di aggiudicazione agli aspiranti contraenti, specie laddove si considerino i costi legati all'acquisizione della certificazione e le ulteriori problematiche che si tenderà di porre in luce nel prosieguo.

²⁰⁸ Relativamente ai quali, come noto, l'attuale disciplina individua nell'iscrizione all'albo dei gestori ambientali un requisito di idoneità professionale la cui carenza si rivela ostativa alla stessa configurabilità, in capo all'aspirante contraente, della capacità a contrarre ed è ritenuto dalla giurisprudenza amministrativa costituire un requisito di idoneità personale dell'aspirante affidatario, come tale sottratto dall'ambito oggettivo di applicazione dell'istituto dell'avvalimento. *Ex multis*, si vedano la recente Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 02 luglio 2020, n. 2805 che esclude la possibilità di ricorso anche al contratto di consorzio o, in termini più generali, ponendo l'accento sulle linee di continuità sussistenti tra la previgente e la successiva disciplina legislativa di settore, Cons. Stato, sez. 28 luglio 2015, n. 3698, in *Riv. giur. edilizia*, 2015, 5, 1182, secondo la quale: *"Pur precedentemente alle ultime modifiche legislative sussisteva l'obbligo di esclusione dalle procedure di affidamento degli appalti di lavori in caso di mancanza del requisito di iscrizione all'Albo nazionale dei gestori in materia ambientale di cui all'art. 212 d.lg. n. 152 del 2006 s.m.i. (il cui possesso era peraltro richiesto dal bando di gara), in quanto detta iscrizione rappresenta un requisito soggettivo afferente all'idoneità professionale degli aspiranti concorrenti alle procedure ad evidenza pubblica, che presuppone una specifica organizzazione aziendale, necessaria per consentire il corretto espletamento di attività delicate o pericolose e caratterizzate dall'impiego di attrezzature particolari e di competenze specifiche; pertanto, essa costituisce un requisito generale o soggettivo afferente all'idoneità professionale del candidato, collegato al dato esperienziale ed aziendale dell'idoneità ad eseguire commesse analoghe a quella da affidarsi, che non può essere oggetto di avvalimento — al contrario dei requisiti speciali o oggettivi — in quanto non equiparabile ad un requisito "trasferibile" da un operatore economico all'altro, costituendo un requisito che si pone a monte dell'attività di gestione dei rifiuti in quanto rappresenta un titolo autorizzatorio al suo esercizio"*

²⁰⁹ Esclusivamente in relazione al settore degli affidamenti di opere pubbliche di importo superiore alla soglia di 150.000€, essendo, per i lavori di importo inferiore, devoluto alle amministrazioni committenti l'esercizio del potere di valutazione tecnica inerente la predeterminazione dei requisiti atti a dimostrare l'idoneità dell'aspirante controparte contrattuale a provvedere all'esecuzione della commessa

²¹⁰ Il riferimento corre, in particolare, alle disposizioni di cui agli artt. 47-49 e 52, Dir.2004/18/CE, sostanzialmente riprodotti negli attuali artt. 58 e 64, Dir. 2014/24/UE, nella misura in cui, oltre a disciplinare l'articolazione dei requisiti di partecipazione e di capacità tecnica, facoltizzano l'introduzione od il mantenimento di sistemi di certificazione delle capacità tecniche degli operatori economici o l'eventuale istituzione di elenchi ufficiali di operatori economici riconosciuti.

Ciò che sembrerebbe dimostrare acutamente il fatto che, benché di più difficile verifica²¹¹ rispetto quanto sia a dirsi in relazione all'applicazione del dettato normativo ad opera dell'amministrazione affidante, sostanziali elusioni della disciplina posta a presidio della contendibilità della commessa e della tutela delle posizioni della potenziale controparte contrattuale, ben possano emergere dalla peculiare configurazione assunta dalla normativa interna, pur restando nel perimetro dei limiti rivenienti dalla vigenza del divieto di *gold plating*, valorizzando, pertanto la valenza orientatrice e conformatrice dell'azione dei pubblici poteri ascrivibile alla vigenza del principio di proporzionalità.

3. *L'emersione dell'interesse alla tutela ambientale nella legislazione settoriale dell'ultimo trentennio.*

Se si volge l'attenzione all'evoluzione della disciplina di diritto interno mirante a governare il procedimento di aggiudicazione delle pubbliche commesse, ci si avvede della differente consistenza che abbia assunto la ricomprensione dell'interesse ambientale nel novero degli interessi pubblici e privati dalla prima truardati.

Se l'assenza di qualsivoglia riferimento ad istanze di preservazione delle risorse naturali all'interno dell'originario *corpus* di disposizioni recato dall'allegato F. alla L. 20 marzo 1965 n. 2248 si giustificava in ragione della mancanza della stessa categorizzazione concettuale della nozione di *ambiente*²¹² e della necessaria finalizzazione della procedura di aggiudicazione alla garanzia della spendita della minor somma di denaro, risultando i primi esempi di legislazione a tutela dell'ambiente confinati alla valorizzazione mediata dei profili più specificamente involgenti esigenze di garanzia della salute pubblica²¹³, l'emersione della questione ambientale,

²¹¹ Sul punto, si leggano le acute osservazioni formulate da A. Sanchez -Graells, *Some reflections on the 'Artificially narrowing of competition' as a check on executive discretion in public procurement*, in S. Bogojevic, X. Groussot e J. Hettne, *Discretion in EU public procurement law*, Oxford, 2019, "[...] *Competition-based constraints mainly apply to the exercise of 'executive discretion' in the context of procurement [...] To be sure, similar pro-competitive constraints apply in the exercise of 'legislative discretion' at a higher level of procurement regulation – and in particular in the context of the transposition decisions taken by Member States, where the EU public procurement rules leave space for domestic preferences, or in the design of general policies application of which becomes mandatory or at least a 'sticky default' for contracting authorities.*"

²¹² Sia, sul punto, sufficiente richiamare M.S. Giannini, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv.trim. dir. pubbl.* 1973,1, 15 ss. per l'adesione ad una prospettiva tendente ad inquadrare il bene ambientale come costituito dalla sommatoria di tre elementi concettualmente autonomi e scomponibili, nonché A. Postiglione, *Ambiente: suo significato giuridico unitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 1, 32 ss.

²¹³ Sul punto, si leggano le affermazioni di C. Feliziani, *Industria e ambiente. Il principio di integrazione dalla Rivoluzione industriale all'economia circolare*, in *Dir.amm.*, 2020, 4, 843 ss., ove l'autrice ravvisa nell'entrata in vigore dell'allegato C

dietro la spinta dell'intervento armonizzatore del Legislatore euro-unitario ed in virtù delle ricadute del fenomeno nel panorama ordinamentale nazionale, avrebbe in parte incrinato non soltanto l'originaria scansione procedimentale ma la stessa *ratio* ispiratrice della disciplina dei pubblici affidamenti.

Circoscrivendo l'attenzione al settore dell'esecuzione di opere pubbliche, il passaggio in rassegna dei principali interventi del Legislatore nazionale, l'adozione dei quali rinveniva la propria giustificazione nell'esigenza di assicurare l'adeguamento della legislazione interna ai mutamenti imposti dal sempre più capillare intervento delle istituzioni euronitarie nel comparto degli appalti pubblici, consente di comprendere come la valorizzazione delle implicazioni di carattere ambientale connesse alla realizzazione dell'opera risultasse circoscritta alle sole fasi prodromiche all'indizione della procedura di aggiudicazione, con l'esclusione dell'incidenza dei profili legati alla preservazione delle risorse naturali ed alla riduzione dell'impatto ambientale sull'individuazione della controparte contrattuale e dell'offerta aggiudicataria. Segnatamente, se si volge l'attenzione alle disposizioni rivenienti dall'impianto della Legge quadro in materia di lavori pubblici²¹⁴ e dai molteplici rimaneggiamenti che ne hanno accompagnato la vigenza, ci si avvede del fatto che la considerazione dell'interesse ambientale, ricalcando soluzioni in parte riproposte dall'attuale assetto regolatorio²¹⁵, fosse destinata a dispiegarsi esclusivamente entro il perimetro della fase dal carattere *stricto sensu* pubblicistico-procedimentale sostanziandosi nella redazione del preventivo studio di

alla legge di unificazione amministrativa del Regno d'Italia, in materia di sanità pubblica, una tra le prime testimonianze dell'emersione dell'interesse ambientale nel panorama giuridico interno, condotta secondo le logiche del principio di integrazione.

²¹⁴ Ci si riferisce, in particolare alla L. 11 febbraio 1994, n. 109, recante legge quadro in materia di lavori pubblici, in attuazione delle disposizioni di cui alla Direttiva 93/37/CE e che ha disposto l'abrogazione del D.Lg. 19 dicembre 1991, n. 409 che aveva recepito la Direttiva 89/440/CE, come novellata ed integrata mercé l'introduzione della L. 2 giugno 1995, n. 216, di conversione, con modificazione, del D.L. 3 aprile 1995, n. 101 e delle successive L. 18 novembre 1998, n. 415 e L. 1 agosto 2002, n. 66.

²¹⁵ Ed invero, il quadro regolatorio riveniente tanto dal D.Lg. n. 163/2006, quanto dal codice dei contratti pubblici attualmente vigente, testimonia come la rilevanza del bene ambientale e l'incidenza da quest'ultimo sortita sul procedimento preordinato alla stipulazione del contratto di appalto, con particolare riguardo al settore degli affidamenti di opere pubbliche, oltre a permeare la selezione del contraente e dell'offerta aggiudicataria, si estenda alla fase prodromica all'indizione del procedimento di valutazione comparativa, in particolare condizionando la stessa attività di valutazione concernente la fattibilità tecnica ed economica dell'intervento da realizzare

prefattibilità ambientale²¹⁶ e della complessiva progettazione²¹⁷ dell'opera pubblica da contemplare all'interno del programma triennale²¹⁸ degli interventi ovvero, laddove ne ricorressero i presupposti, nell'instaurazione del subprocedimento finalizzato al rilascio della valutazione di impatto ambientale sulla progettazione preliminare e definitiva dell'opera²¹⁹.

In altri termini, seguendo le medesime direttrici le quali sembrerebbero caratterizzare in linea di principio la generalità dei procedimenti di concertazione²²⁰, la considerazione delle implicazioni di carattere ambientale connesse all'esecuzione dell'intervento e,

²¹⁶Lo studio di prefattibilità ambientale, che, come noto, si colloca nella fase prodromica alla redazione del programma triennale dei lavori pubblici, si sostanzia nella ricognizione della situazione di fatto e delle possibili ricadute negative sulle matrici ambientali derivanti dall'eventuale realizzazione dell'intervento all'esito del relativo inserimento nel quadro della programmazione triennale, considerando e quantificando l'impatto da quello sortiti in relazione alle diverse componenti ambientali, configurandosi espressivo dell'esercizio di un potere di valutazione tecnica. Per la riconduzione degli studi di fattibilità e degli ulteriori istituti preordinati alla considerazione delle conseguenze sortite dalle opere erigende sull'ambiente nell'alveo degli strumenti volti a dar corpo al principio di prevenzione nella disciplina in materia di esecuzione di opere pubbliche, si vedano le osservazioni formulate da R. Dipace, *La logica della prevenzione nella disciplina della programmazione e progettazione di opere pubbliche*, in *Riv. giur.edilizia*, 6, 2018, 445 ss.

²¹⁷ Il riferimento corre, in particolare, alla disposizione di cui all'art. 16, L. 11 febbraio 1994, n. 109, nella parte in cui, nel disciplinare i profili contenutistici relativi alla progettazione preliminare, alla progettazione definitiva ed alla progettazione esecutiva contemplava tra i profili relativamente ai quali dovesse essere espressa la relazione la preventiva individuazione e quantificazione del potenziale impatto ambientale dell'opera, in una con la definizione degli interventi da realizzare in vista della minimizzazione dell'incidenza negativa dei lavori da realizzare rispetto alle matrici ambientali.

²¹⁸È noto, al riguardo, che tra gli elementi atti ad evidenziare con maggior nitore i profili di discontinuità dell'impianto tracciato dal Legislatore nazionale attraverso l'introduzione della c.d. Merloni rispetto al previgente assetto di regolazione del settore dell'affidamento di lavori pubblici sia rinvenibile nell'introduzione di un segmento procedurale prodromico alla redazione del progetto di opera pubblica ed alla successiva adozione del provvedimento di deliberazione di contrarre ed irrimediabilmente destinato a rivestire incidenza condizionante rispetto a questi ultimi, specie laddove si considerino i contenuti degli atti di programmazione ed i profili sui quali questi ultimi si fondino - destinato a culminare, in particolare, nella programmazione triennale degli interventi, oggetto di annuale revisione, da condurre sulla scorta di considerazioni involgenti l'ordine delle priorità a ciascuno tra essi assegnato e la concreta disponibilità di risorse materiali occorrenti per la realizzazione dei lavori ivi contemplati, informando, conseguentemente, ad una visione sistematica il frammentario coacervo di disposizioni rivenienti dalla legislazione settoriale in materia di enti locali adottati nel primo turno degli anni Novanta dello scorso secolo e che, in assenza dell'enunciazione dei presupposti e dei profili procedurali e contenutistici ai quali l'esercizio di quest'ultima dovesse essere informato, si limitavano a radicare la competenza all'adozione degli atti di programmazione e dei progetti relativi ad opere pubbliche in capo all'organo consiliare comunale o provinciale. Con particolare riguardo alla ricostruzione del quadro disciplinare anteriore all'entrata in vigore della L. n. 109/1994, giovi richiamare le osservazioni formulate da M.S. Giannini, *La realizzazione di opere pubbliche*, in *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1986.

²¹⁹ Sulla valutazione di impatto ambientale la bibliografia è sterminata. Sia, al riguardo, consentito rinviare a R. Ferrara, *La valutazione di impatto ambientale*, Milano, 2000, G. Fondarico, *Valutazione di impatto ambientale*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, 2006 A. Police, *La valutazione di impatto ambientale*, in P. Dell'Anno ed E. Picozza, *Trattato di diritto dell'ambiente*, II, Padova, 2013, A. Milone, *Le valutazioni ambientali*, in R. Ferrara, C.E. Gallo e M.A. Sandulli (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, II, Milano, 2014, S. Grassi, *Procedimenti amministrativi e tutela dell'ambiente*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017.

²²⁰ Il riferimento corre, indubbiamente, alla disciplina del modulo di concertazione rappresentato dalla conferenza di servizi, come attualmente disciplinato dalle disposizioni di cui agli artt. 14 ss., L. 7 agosto 1990, n. 241

correlativamente, la consacrazione ad opera della fonte legislativa della tutela delle risorse ambientali e dell'ecosistema alla stregua di *interesse sensibile*, veniva a caratterizzare esclusivamente gli atti amministrativi i quali costituivano estrinsecazione di un'autentica potestà di matrice discrezionale²²¹ od, al più, il coacervo di atti amministrativi endoprocedimentali sostanziantisi nell'esercizio di una potestà di carattere discrezionale misto o ricadenti entro il perimetro della categoria degli apprezzamenti tecnici di tipo operativo²²², con esclusione di qualsivoglia rilievo in relazione all'attività tecnica demandata alle stazioni appaltanti nella conduzione del procedimento di scelta del contraente e la conseguenza di configurare l'esigenza di tutela ambientale alla stregua di interesse di blocco o di vincolo²²³ per la successiva sequela procedimentale non integrato nella procedura di aggiudicazione.

Una limitata rilevanza, questa, accresciuta, in relazione al settore che viene quivi in rilievo, dalla circostanza per la quale il Legislatore interno, discostandosi sensibilmente dalle soluzioni consacrate nel panorama giuridico sovranazionale, avesse circoscritto al solo criterio del massimo ribasso sul prezzo posto a base di gara il novero dei meccanismi di selezione del contraente, con conseguente riconoscimento della natura del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa alla stregua di metodo di valutazione delle offerte di carattere residuale e destinato ad operare esclusivamente in ipotesi tassative²²⁴.

²²¹ Com'è limpido a dirsi in relazione alla fase di programmazione delle infrastrutture, la quale, come noto, rinviene un elemento distintivo nella preventiva valutazione dell'interesse pubblico primario sotteso alla realizzazione dei singoli interventi, al lume degli interessi secondari, primo fra tutti l'interesse pubblico alla salvaguardia delle risorse naturali e alla salubrità dei luoghi dai primi interessati, con la conseguente potenziale recessività del medesimo interesse pubblico primario concreto laddove il perseguimento di quest'ultimo avesse arrecato ultronei pregiudizi all'interesse sensibile comprese

²²² Sulla riconduzione del potere esercitato dall'amministrazione in sede di istruttoria nel contesto del procedimento di valutazione di impatto ambientale nell'alveo della classificazione degli apprezzamenti tecnici di tipo operativo, si veda F. Salvia, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir.proc.amm.*1992, 4, 685 ss; orientati verso la riconduzione del potere di valutazione nell'alveo della discrezionalità tecnica F. Fracchia e F. Mattasoglio, *Lo sviluppo sostenibile alla prova: la disciplina di VLA e VAS alla luce del D. Lg. n. 152/2006*, G. Manfredi, *VLA e VAS nel codice dell'ambiente*, in *Riv.giur.ambi.*,2009, 1, 63 ss.

²²³ Per la ricostruzione della parabola evolutiva dell'internalizzazione dell'interesse ambientale nella disciplina legislativa nazionale anteriore all'adozione del D.Lg. n. 163/2006, sia consentito rinviare a C. Guccione e L. Palatucci, *Profili di rilevanza ambientale nelle procedure ad evidenza pubblica*, in P.Dell'Anno ed E. Picozza (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, 2013, III.

²²⁴Sia, al riguardo, consentito richiamare alla memoria la disposizione di cui all'art. 21, comma 1, L. n. 109/1994, a tenore della quale: "L'aggiudicazione degli appalti mediante pubblico incanto o licitazione privata è effettuata con il criterio del prezzo più basso determinato mediante offerte a prezzi unitari, anche riferiti ai sistemi o sottosistemi di impianti tecnologici, ai sensi dell'articolo 5 della legge 2 febbraio 1973, n. 14, e successive modificazioni, e con il criterio del massimo ribasso sull'elenco prezzi posto a base di gara nel caso di lavori di manutenzione periodica.", oggetto di censura da parte di Corte di Giustizia, sentenza 7 ottobre 2004, in causa C-247/02, *Sintesi contro AVCP*, sulla scorta della motivazione per la quale "Una disposizione nazionale, come quella oggetto della causa principale, che restringe

Se, dunque, nel vigore della legislazione di diritto derivato sovranazionale risalente alla prima metà degli anni Novanta dello scorso secolo, l'assenza di testuali riferimenti alle esigenze di sostenibilità ambientale alla stregua di parametri al cui rispetto ancorare la selezione dell'offerta aggiudicataria era stata, in linea di principio, considerata non ostativa al riconoscimento di margini di manovra in capo alle stazioni appaltanti in punto di valorizzazione delle implicazioni ambientali mediamente riconducibili all'esecuzione della commessa, la rigidità procedimentale derivante dal quadro normativo nazionale e dalla preminenza accordata alle esigenze di garanzia dell'imparzialità dell'amministrazione indicente e del seggio di gara e di economicità nell'esecuzione della commessa, finivano con il determinare la scarsa incidenza del modello contrattuale alla stregua di indiretto strumento per il perseguimento di interessi generali, se si eccettuano i pur limitati condizionamenti derivanti dal procedimento di valutazione di impatto ambientale e dai vincoli puntuali all'esecuzione dell'opera pubblica.

Diversamente, il meno accentuato automatismo procedimentale in relazione ai settori dell'esecuzione di forniture²²⁵ e della prestazione dei servizi²²⁶ aveva propiziato l'emersione di

la libertà di scelta dell'amministrazione aggiudicatrice, nell'ambito delle procedure di gara aperte o ristrette, imponendo il ricorso al prezzo più basso quale unico criterio di aggiudicazione, non impedisce alle amministrazioni aggiudicatrici di procedere al raffronto tra le singole offerte e di individuare la migliore sulla base di un criterio oggettivo preventivamente fissato, ricompreso appunto tra quelli indicati all'art. 30, n. 1, della direttiva. Tuttavia, la fissazione da parte del legislatore nazionale, in termini generali ed astratti, di un unico criterio di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici priva le amministrazioni aggiudicatrici della possibilità di prendere in considerazione la natura e le caratteristiche peculiari di tali appalti, isolatamente considerati, scegliendo per ognuno di essi il criterio più idoneo a garantire la libera concorrenza e ad assicurare la selezione della migliore offerta." Per un'esauritiva ricostruzione della disciplina riveniente dall'abrogata L.n., 109/1994 e dai molteplici rimaneggiamenti dai quali quest'ultima è stata interessata si vedano R. De Nictolis, *La nuova riforma dei lavori pubblici*, in *Urb.app.*, 2002, 11, 1271 ss., Sul punto, sia consentito rinviare a R. De Nictolis, *Criteri di selezione delle offerte*, in *Id. I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Ambito soggettivo e oggettivo. Procedure di affidamento*, Milano, Giuffrè, 2007, 960 ss., P. De Nictolis e R. De Nictolis, *Il criterio del prezzo più basso e il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis e R. Garofoli, *Trattato sui contratti pubblici*, III, Milano, 2008, nonché, più di recente, ID *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il d.lgs. n. 56/2017*, Bologna, 2017, 1130 ss, ID *La Corte CE e l'art. 21 legge Merloni: le amministrazioni aggiudicatrici possono scegliere il criterio di aggiudicazione*, in *Urb. app.*, 2004, 1267, nonché, per un'efficace lettura in chiave critica delle disposizioni introdotte dalla L. n. 166/2002 M. Clarich, *La legge Merloni-quater tra flessibilità e instabilità*, in *Corr. giur.*, 2002, 1401 ss.

²²⁵ Segnatamente, ponendosi nella prospettiva dell'omogeneità disciplinare rispetto al corpus di disposizioni caratterizzanti l'aggiudicazione delle pubbliche commesse nel settore della prestazione di servizi, la normativa in tema di affidamento di contratti di pubbliche forniture recata del D.Lg. 18 luglio 1992, n. 358 e, in particolare, le previsioni normative di cui agli artt. 14 e 21 relative, rispettivamente, alla determinazione dei requisiti di capacità tecnica da soddisfare e la previsione dei metodi criteri di aggiudicazione, consentiva alle amministrazioni committenti di valorizzare, sia pur implicitamente, le caratteristiche ambientali della fornitura da aggiudicare, ricomprendendole nell'ambito della più generale categoria delle caratteristiche funzionali dell'oggetto della fornitura al fine della determinazione dei punteggi da attribuire alle singole offerte ovvero, ed in relazione ai requisiti speciali di qualificazione, la facoltà di accordare rilievo all'esecuzione di precedenti forniture a ridotto impatto ambientale.

²²⁶ Quale emergente, in particolare, dalle disposizioni concernenti la determinazione dei requisiti di capacità e la definizione del metodo e dei criteri di aggiudicazione dei contratti di servizi nel corpo del D.Lg. 17 marzo 1995, n.

prassi amministrative e di orientamenti ermeneutici tendenti ad avallare la progressiva erosione della primazia dell'esigenza di economicità nell'esecuzione della commessa e l'altrettanto graduale affermazione del condizionamento indotto da interessi e principi altri dal buon andamento dell'azione amministrativa sulla concreta adozione delle scelte da parte dell'amministrazione indicente, sia pur con particolare riguardo alla predeterminazione dei requisiti di capacità tecnica²²⁷.

È, al riguardo, significativa la circostanza per la quale, sia pur limitatamente agli affidamenti caratterizzati da una più spiccata incidenza delle considerazioni di carattere ambientale in virtù della natura e della tipologia delle prestazioni dedotte in contratto, la considerazione delle esigenze di tutela ambientale avesse dispiegato la propria incidenza tanto in ordine alla determinazione dell'oggetto contrattuale, con precipuo riguardo alla definizione delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali, quanto alla selezione del potenziale appaltatore, influenzando, dunque, la predeterminazione, ad opera della stazione appaltante, dei requisiti di capacità tecnica richiesti ai fini della qualificazione dell'operatore economico, ribadendosi, al riguardo, l'esigenza di contemperare la valorizzazione dei prefati interessi generali con la garanzia del confronto concorrenziale tra gli operatori economici.

È, tuttavia, nella cospicua produzione legislativa di carattere settoriale che sembrerebbero potersi rinvenire i più significativi antecedenti dell'attuale assetto regolatorio relativamente all'internalizzazione delle istanze di tutela dell'ecosistema all'interno del micro-settore dei pubblici affidamenti, precedenti, questi ultimi, nei quali sembrano del pari rinvenire le proprie origini gli interrogativi che sembrano ancor oggi caratterizzare la disciplina di diritto nazionale all'uopo adottata.

157, recante attuazione della Direttiva 92/50/CE. Per una compiuta ricostruzione del quadro disciplinare e delle relative implicazioni problematiche, sia consentito rinviare, *inter alia* a G. Greco, *Gli appalti pubblici di servizi*, in *Riv.it.dir.pubbl.comunitario*, 4, 1995, 1285 ss.

²²⁷ Giovi, sul punto, richiamare alla memoria la risalente Tar Puglia, sezione distaccata di Lecce, II, 17 novembre 2006 n. 5376, con commento di L. Masi, *Appalti pubblici e risparmio energetico: un esempio di appalto verde?* in *Urb.app.*, 2007, 4, 479ss, relativa alla contestazione della previsione, in relazione alla procedura di affidamento di un appalto per l'espletamento del servizio di illuminazione pubblica, del requisito di capacità tecnica consistente nel possesso della qualifica di ESCO in capo all'aspirante aggiudicatario, laddove il giudice adito ha disatteso le censure formulate dal ricorrente, muovendo dalla ricognizione della disciplina legislativa *ratione temporis* vigente, e dall'assenza, in seno ad essa, di elementi che sortissero l'effetto di comprimere il perimetro del potere di valutazione riservato all'amministrazione committente in punto di definizione dei requisiti di partecipazione al procedimento di valutazione comparativa e dalla valorizzazione del principio di proporzionalità alla stregua di canone ermeneutico al vaglio del rispetto del quale improntare lo scrutinio inerente il legittimo esercizio del potere ad opera dell'amministrazione committente.

È, invero, nelle maglie del decreto Ronchi²²⁸, nel contesto di atti amministrativi generali a contenuto normativo di poco successivi²²⁹ ed, almeno parzialmente, nel successivo D.lg. 152/2006²³⁰, che possono essere colti i primi esempi di disposizioni volte alla promozione di meccanismi di contrattazione pubblica ecologicamente orientata, il cui tratto unificante sembrerebbe poter essere colto nel parziale disallineamento dai modelli di regolazione emersi e consolidatisi sul versante internazionale e sovranazionale.

Se questi ultimi si caratterizzavano per il fatto di rimettere all'apprezzamento delle amministrazioni affidanti qualsivoglia considerazione in merito alla preferibilità di soluzioni negoziali finalizzate alla valorizzazione delle implicazioni ambientali della commessa, circondando tale libertà di manovra attraverso la positiva consacrazione degli imperativi dell'assenza di discriminazione fra gli operatori e della garanzia dell'assetto concorrenziale del mercato, al contrario, le soluzioni invalse nell'ordinamento nazionale sembrerebbero caratterizzarsi da un lato nella sostanziale etero-determinazione, riservata alla fonte legislativa, della tipologia delle prestazioni dedotte in contratto, dall'altro, in ragione del carattere vincolante delle prescrizioni all'uopo recate, nella rigida definizione dei termini del bilanciamento tra le istanze di preservazione ambientale ed esigenze di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa svolta nelle forme contrattuali.

²²⁸ Il riferimento corre, in particolare, alle disposizioni di cui agli artt. 3, comma primo, lett. e), D.Lg 5 febbraio 1997, n. 22, nella parte in cui, nell'individuare le iniziative atte a favorire la prevenzione o la riduzione del quantitativo di rifiuti prodotti, annetteva rilievo alla modulazione della *lex specialis* in prospettiva ecologicamente orientata, con precipuo riguardo alla determinazione dei requisiti di qualificazione degli operatori economici, attraverso la valorizzazione delle competenze tecniche in ordine alla prevenzione della produzione dei rifiuti, nonché 4, comma primo, lett. c), nella misura in cui, nel delineare le modalità attraverso le quali favorire la progressiva residualità dello smaltimento finale, collocava in una posizione di centralità la valorizzazione, in sede di predisposizione della progettazione delle opere da porre a base di gara o di determinazione delle caratteristiche essenziali delle prestazioni richieste in sede capitolare, dell'utilizzo di materie prime recuperate dai rifiuti. Nell'ambito del medesimo decreto legislativo, un'ulteriore manifestazione del *favor* verso la diffusione di forme di acquisto ambientalmente sostenibili era rinvenibile nel disposto di cui all'art. 19, comma quarto, nella parte in cui devolveva alle amministrazioni regionali la competenza all'adozione delle disposizioni di attuazione

²²⁹ Ci si riferisce, segnatamente, alle disposizioni di cui al d.m. ambiente 8 maggio 2003, n. 203, di attuazione della disposizione di cui all'art. 19, comma quarto, D.Lg. 5 febbraio 1997, n. 22 il cui art. 3

²³⁰ Quest'ultimo, nella relativa formulazione originaria, riproduceva integralmente, nelle disposizioni di cui agli artt. 180, comma primo, lett. b) e 181, comma primo, lett. b) il contenuto dei previgenti artt. 3, comma primo, lett. e) e 4, comma primo, lett. c), D.Lg. n. 22/1997.

4. *Incidenza dell'integrazione dell'interesse ambientale sulla classificazione dell'attività riservata al pubblico committente: la facoltatività della previsione di clausole ecologicamente orientate nella disciplina previgente.*

Un decisivo punto di svolta lungo le direttrici segnate dall'integrazione delle esigenze di tutela ambientale nell'attività contrattuale posta in essere dai pubblici poteri e dal progressivo affrancamento dalla concezione contabilistica del contratto di appalto, è da ravvisarsi nell'entrata in vigore del D.Lg. 12 aprile 2006, n. 163, recante il previgente codice dei contratti pubblici, il cui tratto distintivo sembrerebbe poter essere individuato nel diretto riconoscimento dell'incidenza sortita dai prefati interessi in relazione tanto ai segmenti pubblicistici del procedimento comparativo, con precipuo riguardo alla disciplina della selezione del contraente e della fissazione dei criteri valutativi di individuazione dell'offerta aggiudicataria, quanto in ordine alla fase privatistica correlata alla corretta esecuzione della commessa all'esito della stipulazione del contratto²³¹.

Muovendo lungo il solco tracciato dalle revisioni che avevano interessato la disciplina settoriale di protezione ambientale nel medesimo arco temporale, caratterizzate dalla definitiva canonizzazione ad opera della fonte normativa dell'immanente vigenza del principio dello sviluppo sostenibile e della funzione orientatrice dal medesimo esercitata in relazione all'attività amministrativa di matrice discrezionale²³², l'entrata in vigore del Decreto Legislativo n. 163/2006 sembrerebbe aver gettato le basi per l'affermazione delle esigenze di preservazione delle risorse ecosistemiche alla stregua di principio informatore delle politiche di acquisto delle pubbliche amministrazioni, destinato ad acquisire, sia pur entro il perimetro tracciato dalla

²³¹ Ci si riferisce, in particolare, alla previsione di clausole relative alle modalità di esecuzione del contratto, quali disciplinate dal previgente art. 69, D.Lg. n. 163/2006.

²³² Il riferimento corre, indubbiamente, all'adozione ed all'entrata in vigore del D.Lg. 3 aprile 2006, n.152 recante norme in materia ambientale, come modificato dal D.Lg. 16 gennaio 2008, n. 4, il cui art. 3-*quarter*, rubricato "Principio dello sviluppo sostenibile", dispone, al comma secondo: "Anche l'attività della pubblica amministrazione deve essere finalizzata a consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile, per cui nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione", la quale ultima, se non vale a connotare l'interesse ambientale alla stregua di interesse pubblico indiscriminatamente prevalente od incomprimibile- il che si rivelerebbe in contrasto con il carattere relativo e, per ciò stesso, con la connaturata tendenza al bilanciamento tra i principi e i diritti, quand'anche di rilevanza costituzionale- incide, purtuttavia, sulle modalità di esercizio della potestà discrezionale pura, nella misura in cui postula la considerazione delle compressioni che alla preservazione del bene ambientale potrebbero derivare dal concreto episodio di esercizio del potere amministrativo.

disciplina di principio e di dettaglio, valenza preminente rispetto l'esigenza di assicurare la corretta spendita delle pubbliche risorse che—costituendo un riflesso del più generale principio di buon andamento²³³ dell'azione amministrativa—, aveva rappresentato l'architrave sul quale si era fondata la disciplina di diritto interno chiamata a governare l'aggiudicazione delle pubbliche commesse a partire dall'entrata in vigore della legge in materia di contabilità pubblica e del conferente regolamento di attuazione ed esecuzione, conservando una posizione di assoluta primazia sino all'abrogazione delle leggi Merloni e dei decreti legislativi in tema di affidamento di appalti di servizi e di forniture.

Collocandosi in tale ordine di idee, appare significativa la circostanza per la quale la sensibilità del Legislatore nazionale verso la promozione di meccanismi volti a favorire il ricorso alla contrattazione ecologicamente orientata si estrinsecasse sin dalle disposizioni introduttive al previgente codice degli appalti, rinvenendo un'autonoma base nella disposizione di cui all'art. 2, comma secondo, D.Lg. n. 163/2006 ed acquisendo una più significativa pregnanza nell'intera architettura del previgente testo normativo.

La disposizione da ultimo richiamata, sistematicamente collocata nella *sedes materiae* deputata alla ricognizione dei principi generali all'attuazione dei quali la disciplina di dettaglio riveniente dalla complessiva intelaiatura legislativa si rivelava funzionale²³⁴, costituendo un indiretto parametro per valutare la conformità al dettato legislativo delle soluzioni adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici in ordine alla conduzione del procedimento valutativo—*recte* alla legittimità del provvedimento di aggiudicazione e degli atti amministrativi prodromici all'adozione di quest'ultimo— e, correlativamente, un vincolo alle potestà di apprezzamento a queste ultime commesse, risultava chiaramente ispirata nelle proprie linee di fondo dagli indirizzi rivenienti dalle elaborazioni in tema di *green economy*²³⁵, ben lungi dal recepire le

²³³ Sul principio di buon andamento, la bibliografia è sterminata. Sia consentito rinviare, senza pretesa di esaustività, a R. Resta, *L'onere di buona amministrazione*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, A. Andreani, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1973, P. Calandra, *Il buon andamento dell'amministrazione pubblica*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, Milano, 1987, U. Allegretti, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig.disc pubbl*, VIII, Torino, 1993, *Il principio di buon andamento*, in M. Renna e F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, M.R. Spasiano, *Il principio di buon andamento*, in M.A. Sandulli (a cura di), Milano, 2015 ed all'ampio corredo bibliografico dei singoli contributi.

²³⁴ Sulla collocazione e codificazione dei principi all'interno della disciplina settoriale in materia di pubbliche commesse, si vedano le osservazioni formulate da M.P. Chiti, *I principi*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis e R. Garofoli, *Trattato sui contratti pubblici*, I, Milano, 2008, S. Scoca, *I principi dell'evidenza pubblica*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010, I.

²³⁵ Sul punto, valga richiamare l'icastica quanto efficace espressione utilizzata da F.de Leonardis, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?*, in *Dir.amm.*, 1, 2017, 163 ss., ove l'autore nel ripercorrere

suggerimenti provenienti dagli indirizzi emersi e consolidatisi nella letteratura economica sul tema dell'economia circolare— e ciò precipuamente in ragione della scarsa diffusione e dell'opinabilità delle metodologie basate sul computo effettivo del costo dei beni e dei servizi immessi nel mercato durante l'intero ciclo di vita²³⁶ —che pur avevano rinvenuto una primitiva consacrazione nelle prese di posizione contenute all'interno degli atti di *soft law*²³⁷ frattanto adottati sul versante ordinamentale eurounitario.

Ciò che pare evidenziato dal tenore letterale della disposizione, a mente della quale l'ingresso delle *secondary considerations* all'interno della disciplina nazionale in materia di aggiudicazione delle pubbliche commesse veniva ad essere costruito in chiave di deroga espressa all'osservanza del principio di economicità²³⁸ nella conduzione del procedimento

nel proprio intimo fondamento e nelle relative implicazioni, i modelli economici storicamente affermatasi, osservava che: *“la Green economy [...] è quella che richiede alle imprese di investire di più e ai consumatori di spendere di più per preservare anche l'ambiente (ma che vede l'ambiente come un “costo”, certamente nobile, ma pur sempre costo per le imprese e, quindi, un aggravio e un peso per l'economia)”*, mentre, nel contesto della *blue economy*, *“l'ambiente è un vero e proprio driver dello sviluppo economico e istituzionale (in questo caso l'ambiente non viene considerato un costo ma un'opportunità ed è ciò che consente alle imprese di fare profitto)”*.

²³⁶ Riservando all'apposita trattazione dell'argomento una esaustiva ricognizione del fondamento economico e delle implicazioni giuridiche dell'adesione al modello dell'economia circolare, sia, nella presente sede, consentito anticipare come uno tra i tratti precipui della *blue economy*, in larga parte tributario delle concezioni filosofico-politiche che hanno fatto da sfondo all'emersione ed alla progressiva ascrizione al panorama giuridico del concetto di sviluppo sostenibile, sia rappresentato dalla dilatazione del perimetro della rilevanza dei costi da sostenere, analizzati e valutati non in relazione al breve periodo, in linea di principio corrispondente con l'adempimento della prestazione, bensì al lungo periodo, considerando, in particolare, i costi connessi all'utilizzo ed all'eventuale dismissione del bene o del servizio costituenti l'oggetto della prestazione dedotta in contratto.

²³⁷ Si vedano, sul punto, le considerazioni rassegnate dalla Comunicazione della Commissione Europea al Consiglio e al Parlamento Europeo 18 giugno 2003, n. 302, *Politica integrata dei prodotti. Sviluppare il concetto di ciclo di vita ambientale*. Circoscrivendo l'attenzione al contesto ordinamentale interno, è nondimeno d'uopo porre in rilievo come dei timidi accenni alla rilevanza dispiagata da sistemi e metodologie fondati sull'analisi del ciclo di vita dei prodotti, sia pur nella limitata ottica della promozione della riduzione del quantitativo di rifiuti prodotti e della progettazione dei manufatti in vista della promozione del riciclaggio emergesse dal corpo delle disposizioni di cui agli artt. 3, comma primo lett. b) e c), nonché 4, comma terzo, D.Lg. 5 febbraio 1997, n. 22 di recepimento delle direttive 91/156/CEE, 91/689 CEE e 94/62/CE rispettivamente relative ai rifiuti, ai rifiuti pericolosi, agli imballaggi e rifiuti da imballaggio.

²³⁸ È noto, al riguardo, che il criterio di economicità, al pari di quelli di efficienza e di efficacia, nominativamente ricompresi nel catalogo dei principi destinati ad informare la conduzione dei procedimenti comparativi di selezione della controparte contrattuale tanto dalla previgente, quanto dall'attuale disciplina di settore, originariamente affermatasi come criteri mutuati dalle scienze economiche ed aziendalistiche, sino progressivamente assurti al ruolo di canone regolativo dell'esercizio del potere pubblico, stante la diretta correlazione tra questi ultimi sussistente e l'esplicazione del generale principio di buon andamento dell'azione amministrativa, del quale i primi costituiscono un corollario, nonostante le resistenti originariamente manifestate in ordine alla possibilità di una considerazione dei principi da ultimo in chiave di parametro per la valutazione in merito alla legittimità dell'atto o del comportamento amministrativo posti in essere in violazione di questi ultimi ed alla possibilità di scrutinare in via giurisdizionale il vizio dal quale il primo fosse affetto. Una problematica, quella da ultimo richiamata, la quale sembrerebbe rivelarsi intrinsecamente connessa al grado di elasticità ed alla sostanziale indeterminatezza delle clausole nelle quali i prefati principi, *recte* criteri, si sostanziano. È nota, al riguardo, la variabilità dei significati che i criteri in commento presentano a seconda che siano destinati ad operare sul piano delle discipline economiche, piuttosto che in relazione all'attività amministrativa, ciò che sembrerebbe valere in particolare per il criterio di

comparativo, temperando, *recte* orientando secondo un diverso paradigma la ricerca del *best value for money*.

Segnatamente, la disposizione da ultimo rammentata, sul punto non intaccata, se non in misura marginale, dalla disciplina attualmente vigente, rinveniva un *proprium* nell'esplicita previsione della possibilità di temperare, esclusivamente in presenza di un'espressa previsione legislativa²³⁹, il rilievo assolto dal criterio di economicità nelle fasi di selezione del contraente e di esecuzione del contratto, mercé il riconoscimento della preminenza, sia pur relativa, delle esigenze di tutela ambientale, alle quali conseguiva la statuizione in punto di legittimità delle clausole della *lex specialis* di gara che alla protezione di tali istanze apparissero ispirate, circondando il perimetro di tale facoltà attraverso l'imposizione di stringenti obblighi informativi e motivazionali in capo all'amministrazione aggiudicatrice, in guisa da contemperare adeguatamente il sacrificio imposto all'interesse pubblico alla corretta e minor spendita di risorse da parte delle strutture amministrative e, dunque, la maggior onerosità della commessa, con la valorizzazione delle finalità pubblicistiche mediamente correlate alla stipulazione contrattuale.

Se, dunque, la disposizione si apprezzava per il fatto di costituire una diretta testimonianza delle evoluzioni che hanno interessato la costruzione teorico- concettuale delle finalità assolute dallo strumento contrattuale, dischiudendo la via all'affermazione dell'attività consensuale alla stregua di meccanismo di per sé idoneo a garantire il perseguimento dell'interesse pubblico, è nondimeno d'uopo porre in rilievo come la costruzione della disciplina interna in tema di *horizontal policies* attraverso la previsione di una facoltà di deroga ai

economicità. Circoscrivendo l'attenzione alla sola dimensione giuridica, in relazione all'alla conduzione del procedimento amministrativo inteso in un'accezione ristretta, come prodromico all'adozione di un provvedimento discrezionale, il principio dianzi rammentato, il cui nucleo fondamentale sembrerebbe poter essere ravvisato nel dovere di un adeguato e congruo utilizzo dei mezzi e delle risorse che siano nella disponibilità dell'amministrazione, si riflette nel dovere di non aggravamento del procedimento; di converso, ove l'ambito di operatività del principio sia truardato sul versante delle regole dell'evidenza pubblica, agli elementi dapprima menzionati sembrerebbe coniugarsi il dovere del contenimento dei costi legati alla conduzione del procedimento e, soprattutto, all'esecuzione della commessa nella prospettiva propria della nozione di derivazione euro-unitaria del *best value for money*. Sulla qualificazione giuridica del principio di economicità alla stregua di concetto giuridico indeterminato e per la relativa riconduzione nel novero dei criteri, piuttosto che dei principi, con ampi riferimenti agli approdi della giurisprudenza in punto di tecniche di relativo controllo, si vedano le osservazioni formulate da A. Massera, *I criteri di efficienza, efficacia e di economicità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 43 ss.

²³⁹ Sulla divergenza delle implicazioni derivanti dalla configurazione del limite rappresentato dall'espressa previsione legislativa nel raffronto tra l'attuale e la previgente disciplina legislativa, si vedano le osservazioni formulate da S. Villamena, *Codice dei contratti pubblici 2016. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità*, in *Riv.giur. edilizia*, 3, 2017,

principi generali il cui ambito di applicazione fosse limitato alla sola osservanza del principio di economicità e purché la subordinazione di quest'ultimo si rivelasse, ad ogni modo, coerente con il principio di proporzionalità²⁴⁰, traducendo sul versante ordinamentale interno il rapporto istituito dalla legislazione sovranazionale tra il *primary objective* ed i *secondary objectives* solo collateralmente incidenti sulla procedura di aggiudicazione, consentisse di ricostruire perspicuamente i vincoli legislativamente rivenienti alla valorizzazione, da parte delle amministrazioni affidanti, delle esigenze di sostenibilità e tutela ambientale, determinando i confini della recessività delle istanze de quibus rispetto agli ulteriori principi informanti l'operato delle amministrazioni, orientando, pertanto, tanto l'esegesi delle disposizioni codicistiche, quanto l'applicazione in concreto delle medesime ad opera degli enti affidanti.

Invero, dal combinato disposto della norma da ultimo menzionata con la disposizione di cui al comma primo del medesimo art. 2– nella parte in cui disponeva che l'affidamento e l'esecuzione di pubblici lavori, servizi e forniture fossero informati alla garanzia della qualità delle prestazioni ed all'osservanza dei principi di parità di trattamento, trasparenza, non discriminazione, proporzionalità e libera concorrenza– emergeva chiaramente come l'attuazione del principio dello sviluppo sostenibile nella materia contrattuale ed il riconoscimento della legittimità di clausole capitolari improntate alla valorizzazione dei profili di rilevanza ambientale rinvenissero un limite nel riconoscimento della primazia delle esigenze di tutela dell'assetto concorrenziale del mercato dei pubblici affidamenti e del correlato interesse degli operatori economici alla partecipazione alle procedure competitive.

Ciò che si mostrava pienamente conforme al disegno tracciato dal Legislatore euro-unitario con l'adozione del pacchetto di direttive del 2004 e trasfuso, in assenza di particolari rivolgimenti, nella legislazione di diritto derivato attualmente in vigore, le cui linee di fondo, pur nell'incontestabile incremento del rilievo degli interessi sociali ed ambientali, sembrerebbero pur sempre improntate alla garanzia del minor sacrificio possibile delle istanze di parità di trattamento e di non discriminazione²⁴¹, destinate ad assurgere al ruolo di interessi

²⁴⁰ In tal guisa riproponendo, nel settore dei procedimenti di valutazione comparativa preordinati alla successiva stipulazione di un atto negoziale, il criterio di risoluzione dell'eventuale conflitto tra principi che connota l'esercizio dell'attività amministrativa di matrice pubblicistico-procedimentale, stante, in particolare, la connotazione del principio di economicità dell'azione amministrativa alla stregua di canone non assoluto e, pertanto, destinato a recedere laddove, all'esito del bilanciamento, quest'ultimo si rivelasse confliggente rispetto all'esigenza di perseguire ulteriori interessi pubblici.

²⁴¹ In senso sostanzialmente adesivo, muovendo dalla ricognizione dei più significativi approdi della giurisprudenza euro-unitaria in relazione al contenzioso in materia di pubblici affidamenti nonché dalle evoluzioni disciplinari intervenute sul versante ordinamentale sovranazionale in dipendenza dell'entrata in vigore delle attuali direttive in

prevalenti all'atto della selezione e del bilanciamento con le esigenze di tutela delle risorse ecosistemiche e di promozione del benessere delle classi svantaggiate ove il perseguimento delle istanze da ultimo rammentare si rivelasse ostativo all'attuazione delle prime, in diretta applicazione del principio di proporzionalità e delle relative tecniche di controllo.

La significatività della disposizione, peraltro pressoché integralmente trasfusa nell'attuale art. 30, D.Lg. n. 50/2016²⁴², pertanto, sembrerebbe emergere non soltanto dalla disamina del contenuto precettivo, bensì dalla relativa collocazione all'interno del catalogo dei principi generali della materia contrattuale, con le conseguenze che tale classificazione determina in relazione all'incidenza del precetto sui tre distinti piani dell'integrazione legislativa, dell'attività interpretativa e della limitazione del potere amministrativo²⁴³.

Se, sotto il primo profilo, la disposizione, relativamente agli aspetti connessi alle esigenze di tutela ambientale, pare caratterizzata da un'incidenza circoscritta, ove si consideri il limite rappresentato dalla presenza di una clausola legislativa²⁴⁴ attributiva della facoltà di subordinazione del principio di economicità, è dall'angolazione relativa alle limitazioni delle facoltà riconosciute in capo alle amministrazioni, in rapporto agli ulteriori interessi o situazioni

tema di public procurement, nella prospettiva di valorizzare la portata sistematica e gli effetti, in termini di vincolatività, del principio dello sviluppo sostenibile S. Valaguzza, *Sustainable development in public contracts. An example of strategic regulation*, Napoli, 2016, specie 75 ss. "It is possible to affirm, then, that, in a global context, the free movement of goods, services and the freedom of establishment recess, together with the non-discrimination and equal treatment principles that derive from them, whenever secondary objective reasons- mostly regarding the evaluation of human life, the protection of constitutional rights and of specific commercial interests- are considered. In the public contracts' sector, these derogations to the non-discrimination principle can be translated into justifications for restriction of the competition [...] Here is where the principle of sustainable development comes into play. Indeed, [...] the environmental protection [...] can and should be taken into account by the contracting authority when defining the rules applicable to a procedure for the purchase of goods, services and works. In such cases, whenever the limitation to competition is objective, motivated and proportionate, sustainable development is able to override more commercial considerations regarding the free movement of goods, services and labour"

²⁴² Salva l'estensione del perimetro delle deroghe al principio di economicità con la ricomprensione dello sviluppo sostenibile e della promozione dell'efficienza energetica. In argomento F.de Leonardis, *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, cit.

²⁴³ Aspetto, quest'ultimo, limpidamente evidenziato in M. D'Alberti, *Diritto amministrativo e principi generali*, in Id. (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, 2010, specie 80, ove si osserva che: "i principi si pongono come parametri di legittimità delle norme e di altre misure- amministrative, ad esempio- subordinate. È questa la funzione più tipica dei principi giuridici in diritto amministrativo. Il controllo sulla conformità dei provvedimenti e dei comportamenti delle pubbliche amministrazioni non solo rispetto alle disposizioni legislative, ma anche rispetto ai principi di diritto ha segnato l'estensione e il potenziamento del sindacato giurisdizionale sull'azione amministrativa. Il che ha segnato il passaggio dalla legalità formale alla legalità sostanziale".

²⁴⁴ Sul punto, sia consentito rinviare alle acute osservazioni formulate da C. Guccione e L. Palatucci, *Profili ambientali nelle procedure ad evidenza pubblica*, in P. Dell'Anno ed E. Picozza, *Trattato di diritto dell'ambiente*, II, Padova, 2013, specie 746 ss. con particolare riguardo alla delimitazione degli eventuali limiti all'esercizio della potestà legislativa regionale in tema di green public procurement. Sul tema del ruolo della legislazione regionale nella promozione di forme di contrattazione ecologicamente orientata sia, altresì, consentito rinviare a F. Spagnuolo, *Il Green Public Procurement e la minimizzazione dell'impatto ambientale nelle politiche di acquisto della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl. comunitario*, 2006, 2, 397 ss.

soggettive con le prime ipoteticamente confliggenti, che sembrano potersi cogliere i risvolti decisivi tanto della norma quanto della limitazione degli effetti derogatori alla sola osservanza del principio di economicità dell'azione amministrativa, con non trascurabili riflessi in punto di interpretazione delle molteplici disposizioni di dettaglio atte a dare corpo al medesimo principio nei singoli segmenti procedurali.

Rinviando al prosieguo la disamina delle disposizioni concernenti l'integrazione dell'interesse ambientale relativamente alle fasi della determinazione dell'oggetto contrattuale, della qualificazione degli operatori economici e della selezione dell'offerta aggiudicataria, con particolare riguardo ai risvolti critici eventualmente profilabili in sede applicativa²⁴⁵, ciò che preme porre in rilievo è che i margini di apprezzamento legislativamente riconosciuti in capo alle amministrazioni contrattanti in relazione alla valorizzazione dell'interesse ambientale nel procedimento negoziale e nella determinazione della legge di gara, rinvenendo un limite nei principi di parità di trattamento, di imparzialità delle amministrazioni affidanti e di libera concorrenza ed essendo destinati a recedere nelle ipotesi in cui il perseguimento delle istanze *de quibus* si fosse rivelato idoneo ad ingenerare effetti distorsivi dell'assetto del mercato, sottendessero la ponderazione attribuita dal Legislatore alle istanze di tutela ambientale e di preservazione delle risorse ecosistemiche rispetto alla protezione delle ragioni della concorrenza tra gli offerenti, ponendosi nella prospettiva di affidare al prudente apprezzamento delle amministrazioni indicenti qualsivoglia considerazione in merito all'inserzione nella *lex specialis* di gara di clausole in tale direzione indirizzate.

Nella medesima prospettiva, *id est* configurando il piegamento del contratto pubblico al perseguimento dell'interesse generale alla tutela dell'ambiente alla stregua di una facoltà riconosciuta in capo alle amministrazioni aggiudicatrici, conservando, peraltro, inalterato il perimetro entro il quale le valutazioni tecniche alle prime riservate fossero destinate a dispiegarsi, muovevano gli atti di indirizzo e di pianificazione adottati nel corso del medesimo arco temporale in diretta attuazione delle suggestioni affermatesi nel panorama giuridico eurounitario e consacrate in atti di *soft law*.

Il riferimento corre, in particolare, alla previsione di cui all'art. 1, co. 1126, L. 27 dicembre 2006, n. 296 nella parte in cui conteneva autorizzazione alla spesa per il

²⁴⁵ I quali ultimi, giovi rammentarlo, sembrerebbero poter essere pacificamente estesi, pur non adombrando le incontestabili novità rivenienti dall'attuale quadro regolatorio, alla configurazione attualmente assunta dalla contrattazione pubblica ecologicamente orientata nel contesto della disciplina nazionale

finanziamento, l'implementazione ed il monitoraggio di un piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore delle pubbliche amministrazioni, l'adozione del quale era demandata al Ministero dell'ambiente, di concerto con il ministero per lo sviluppo economico previa approvazione da parte di Consip Spa, in diretta attuazione delle sollecitazioni contenute nella comunicazione della Commissione europea COM 2003/302 *Politica integrata dei prodotti. Sviluppare il concetto di ciclo di vita ambientale*²⁴⁶, disposizione legislativa, quella dianzi citata, di seguito attuata all'esito dell'adozione e dell'entrata in vigore del decreto interministeriale 11 aprile 2008, n. 135.

Tale strumento pianificatorio²⁴⁷, il quale avrebbe dovuto costituire uno tra i precipui meccanismi di attuazione del principio generale codificato ex art. 2, comma secondo, D.Lg. 12 aprile 2006, n. 163, provvedeva alla preventiva definizione degli obiettivi qualitativi e quantitativi²⁴⁸ da conseguire sul versante nazionale lungo l'arco temporale di un triennio dalla

²⁴⁶ Si veda, in particolare, Commissione Europea, Comunicazione del 18 giugno 2003, *Politica integrata dei prodotti. Sviluppare il concetto di ciclo di vita ambientale*, cap. 4 par. 5.3, ove, tra le azioni considerate indispensabili al fine di incentivare il ricorso alla contrattazione pubblica ecologicamente orientata e, del pari, orientare le preferenze degli attori del mercato nella direzione della produzione e dell'acquisizione di beni e di servizi a ridotto impatto ambientale, si annoverava l'adozione, da parte degli Stati membri, di piani nazionali d'azione per l'integrazione dell'interesse ambientale nei procedimenti contrattuali, contenenti la fissazione di obiettivi di sostenibilità di conseguire nel settore entro il termine di tre anni e da aggiornare periodicamente, sulla scorta della ricognizione dei mutamenti intervenuti e dei risultati conseguiti e, destinati, in ragione dell'esplicito riconoscimento in merito alla natura non vincolante dello strumento programmatico, ad incidere esclusivamente sugli ostacoli di ordine informativo potenzialmente atti a precludere l'impiego, da parte delle amministrazioni affidanti, di clausole contrattuali orientate al perseguimento di obiettivi di tutela ambientale e di promozione della sostenibilità dei consumi.

²⁴⁷ Recependo fedelmente le indicazioni contenute nella Comunicazione 18 giugno 2003, *Politica integrata dei prodotti. Sviluppare il concetto di ciclo di vita ambientale*, il Piano d'azione nazionale per la sostenibilità dei consumi nel settore delle pubbliche amministrazioni, dal punto di vista strutturale, si articolava in otto parti o capitoli, giustappoendo alla ricognizione dei principali atti di *soft law* in tema di green public procurement elaborati dalla Commissione europea, il rimando ai più significativi provvedimenti legislativi di carattere vincolante elaborati tanto sul versante ordinamentale sovranazionale, quanto nel panorama giuridico di diritto interno ad opera sia della legislazione statale, sia della legislazione regionale, la fissazione di target e di obiettivi da raggiungere al fine di allineare la contrattazione ecologicamente orientata sul piano nazionale ai risultati conseguiti nelle realtà ordinamentali nord-europee, la delineazione dei meccanismi e degli strumenti giuridici finalizzati ad implementare le finalità individuate dall'atto amministrativo generale nonché indicazioni sulla *governance* del piano e sulla relativa attività di monitoraggio dell'attuazione e di ricognizione dei risultati conseguiti.

²⁴⁸ Si veda, in particolare, quanto stabilito al punto 4.2., d.m. 11 aprile 2008, nella parte in cui, nel delineare gli obiettivi da raggiungere sul versante nazionale, ricomprendeva tra questi ultimi l'applicazione dei criteri ambientali minimi alle procedure di aggiudicazione indette da almeno il 30% delle amministrazioni e degli enti territoriali di maggiori dimensioni, demandando all'adozione di successivi atti amministrativi generali l'indicazione delle quote percentuali di acquisti sostenibili in rapporto alla spesa complessiva per l'aggiudicazione dei contratti di appalto relativamente alle categorie merceologiche traggurdate dal piano d'azione; soglie, queste, ultime, incrementate dal successivo d.m. 10 aprile 2013, punto 4.5., nella parte in cui, nel delineare le condizioni per il raggiungimento degli obiettivi c.d. quantitativi, individuava il ricorso alla contrattazione ecologicamente orientata almeno da parte del 50% delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza.

data della relativa adozione, in relazione ai settori ed alle categorie merceologiche²⁴⁹ considerate maggiormente rilevanti per perseguire esigenze di sostenibilità, tanto in relazione ai riflessi di matrice ambientale connessi all'esecuzione della commessa²⁵⁰, quanto in virtù dell'incidenza quantitativa sul complesso delle procedure indette dalle amministrazioni ricomprese nell'ambito di applicazione soggettiva delle previsioni programmatiche²⁵¹. Il piano nazionale demandava a decreti ministeriali da adottare secondo le forme della concertazione procedimentale²⁵² la formulazione dei criteri ambientali minimi, *id est* dei requisiti e delle caratteristiche tecniche aventi rilevanza ambientale da integrare nelle clausole del bando e del disciplinare di gara al fine di qualificare l'appalto da aggiudicare come *green procurement* e concernenti la definizione dell'oggetto del contratto da aggiudicare, la fissazione dei requisiti minimi della prestazione richiesta, gli eventuali criteri premiali da valutare al fine della selezione dell'offerta secondo la metodologia di calcolo basata sull'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e le condizioni contrattuali relative alle modalità di esecuzione della prestazione, con l'estensione-giusta la revisione apportata allo schema generale del piano nazionale con d.m. 10 aprile 2013- al segmento procedurale involgente la predeterminazione dei requisiti di idoneità professionale e di capacità tecnica degli offerenti.

²⁴⁹ Ci si riferisce, in particolare, alle undici categorie merceologiche individuate dalla disposizione di cui all'art. 1, comma 1127, L. n. 296/2006 e, segnatamente: a)arredi; b)materiale da costruzione; c)manutenzione delle strade; d)gestione del verde pubblico; e) illuminazione e riscaldamento; f) elettronica; g) tessile; h) cancelleria; i)ristorazione; l) materiali per l'igiene; m) trasporti.

²⁵⁰ Il riferimento corre, in particolare, alla definizione dei criteri ambientali minimi da applicare in relazione agli affidamenti dei servizi di raccolta, trasporto e gestione dei rifiuti, nonché di gestione e manutenzione del verde pubblico

²⁵¹ Quanto all'ambito soggettivo di applicazione, il piano d'azione nazionale, tanto nella versione di cui al d.i. n. 135/2008, quanto nella versione integrata e revisionata dal d.m. 10 aprile 2013, richiamava le pubbliche amministrazioni quali definite dagli artt. 3 e 32 D. Lg. n. 163/2006.

²⁵² Relativamente al procedimento di definizione dei criteri ambientali minimi, il Piano d'azione nazionale, come modificato dal d.m. 10 aprile 2013, in parte innovando la disciplina riveniente dall'originario d.i. n. 135/2008 attraverso il rafforzamento del ruolo riservato ai rappresentanti degli operatori economici operanti nel settore oggetto di intervento, demanda ai gruppi di lavoro coordinati dal ministero dell'ambiente nell'ambito del comitato di gestione, l'espletamento dell'attività istruttoria, comprensiva dell'analisi delle caratteristiche del mercato di riferimento, preliminare alla proposta di adozione dei criteri ambientali minimi, riservata al coordinatore e sottoposta a revisione sulla scorta delle osservazioni, anche di carattere tecnico, formulate dagli esponenti del gruppo di lavoro e, in particolare, dagli esperti e dagli esponenti delle associazioni imprenditoriali di categoria. La proposta di decreto ministeriale, licenziata dal gruppo di lavoro, è sottoposta all'approvazione del comitato di gestione e trasmessa ai ministeri dell'economia e delle finanze e dello sviluppo economico per l'acquisizione di eventuali osservazioni in merito al contenuto del documento, prima dell'adozione con decreto del ministro dell'ambiente. Sul tema della concertazione procedimentale, la bibliografia è sterminata. Valga, per tutti, il richiamo ad A. Sandulli, *Il procedimento*, in S. Cassese (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, II, Milano, 2003 ed all'ampia bibliografia ivi citata.

Seguendo l'articolato e complesso disegno riveniente dal combinato della fonte primaria con l'atto amministrativo generale²⁵³ rappresentato dal piano nazionale e gli atti amministrativi a contenuto normativo²⁵⁴ recanti l'adozione dei criteri ambientali minimi, questi ultimi si caratterizzavano per l'assenza di cogenza, risolvendosi, in particolare, nella definizione di linee di indirizzo da seguire nella stesura dei documenti di gara. In particolare, le indicazioni rivenienti dal piano e dai relativi decreti ministeriali attuativi, sarebbero state finalizzate ad orientare ma non a conformare in senso restrittivo, né, conseguentemente, ad annullare il concreto esercizio delle valutazioni tecniche commesse alle stazioni appaltanti in sede di definizione della legge di gara in merito all'*an* dell'inserzione di clausole a tal uopo orientate.

Collocandosi in tale ordine di idee, l'assenza di disposizioni legislative le quali connotassero in chiave obbligatoria il rimando alle considerazioni ambientali contenute nei decreti attuativi del piano nazionale d'azione si rivelava ostativa al predicare l'eventuale illegittimità, sub specie di violazione di legge, dei bandi e dei disciplinari di gara i quali, pur afferendo a tipologie contrattuali traggurdate dai decreti ministeriali, non le contemplassero, rendendo, dunque, non censurabile in sede giurisdizionale il mancato perseguimento degli obiettivi di sostenibilità di ambientale.

Di contro, il carattere pacificamente volontario dell'applicazione delle clausole in oggetto, sortiva l'effetto di qualificare le prescrizioni di carattere tecnico ivi contemplate alla stregua di indicazioni pratiche da seguire in vista della conformazione della legge di gara in ottica ambientalmente sostenibile, assumendo, pertanto, valenza esemplificativa per le stazioni appaltanti²⁵⁵, pur non disconoscendosi il rilievo che queste ultime avrebbero, in linea di

²⁵³ La categoria concettuale dell'atto amministrativo generale rappresenta, come noto, uno tra i temi di maggior interesse nella scienza giurispubblicistica nazionale, con particolare riguardo alla determinazione del *discrimen* ed all'individuazione del regime giuridico degli atti riconciliabili alla classificazione *de qua* e gli atti amministrativi puntuali da un canto e gli atti a contenuto normativo. Sul punto, restano fondamentali le teorizzazioni concettuali di A.M. Sandulli, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro it.*, 1954, 77, 217 ss., ora in Id. *Scritti giuridici, Diritto amministrativo*, III, Napoli, 1992.

²⁵⁴ Per la classificazione dei decreti ministeriali recanti i criteri ambientali minimi nell'alveo della più generale categoria dell'atto amministrativo puntuale, giovi richiamare quanto acutamente osservato da F. de Leonardis, *i criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, in M.A. Sandulli (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, I, Milano, 2019, 534 ss.

²⁵⁵ Colmando, dunque, sul piano operativo, quell'assenza di informazioni specifiche e sufficienti da parte delle stazioni appaltanti considerata, tanto sul versante sovranazionale, quanto nella dimensione ordinamentale interna uno tra gli ostacoli precipui alla diffusione ed implementazione su larga scala di pratiche di *green procurement*, come rammentato dalla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, 16 luglio 2008, COM (2008) 400, *Appalti pubblici per un ambiente migliore*, punto 1.4.

principio, potuto acquisire in sede di scrutinio giurisdizionale sulle clausole della *lex specialis* ispirate ad esigenze di tutela ambientale, assolvendo al ruolo di indiretto parametro alla stregua del quale valutare la legittimità delle clausole del disciplinare, con precipuo riguardo agli eventuali effetti distorsivi derivanti dalla valorizzazione dei profili di sostenibilità ambientale laddove quest'ultima non fosse stata operata nel rispetto dei vincoli rivenienti dall'osservanza del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa.

Valore tendenzialmente orientativo, quello dianzi richiamato, che nel previgente assetto regolatorio non sembrerebbe essere stato scalfito dagli interventi di normazione secondaria succedutisi, i quali, sia pur in linea teorica, avrebbero potuto arrecare complicazioni al quadro testé descritto, con precipuo riferimento all'eventuale riconoscimento della valenza condizionante dei decreti ministeriali di attuazione del piano rispetto all'esercizio delle potestà di valutazione tecnica commesse alle stazioni appaltanti.

In particolare, nel delineare la disciplina di dettaglio concernente la redazione delle clausole capitolari e contrattuali²⁵⁶ e la predeterminazione dei criteri di valutazione delle offerte²⁵⁷, la fonte regolamentare, nell'operare un rinvio generale al piano nazionale d'azione per la sostenibilità ambientale ed ai decreti ministeriali recanti i criteri ambientali minimi, conteneva l'invito, laddove all'esito delle valutazioni tecniche commesse alla stazione appaltante ed afferenti all'individuazione dell'oggetto contrattuale ovvero alla definizione della disciplina di gara, ciò si fosse rivelato possibile, ad attenersi.

La formulazione letterale delle disposizioni testé rammentate sembrerebbe, in altri termini, propiziare l'emersione di non peregrini interrogativi in relazione alle conseguenze sortite da tale rimando sulla perimetrazione dei margini di apprezzamento tecnico riconosciuti in capo alle amministrazioni affidanti in sede di stesura delle specifiche tecniche e di predeterminazione dei criteri premiali per l'aggiudicazione dei contratti di appalto nelle categorie merceologiche oggetto dei c.a.m, in special modo in seguito alla revisione del piano nazionale d'azione intervenuta con d.m. 10 aprile 2013, nella parte in cui sembrava configurare alla stregua di un obbligo la conformazione delle clausole del bando e del disciplinare di gara

²⁵⁶ Sia, al riguardo, consentito richiamare la disposizione di cui all'art. 138, comma terzo, lett. a), D.p.R. n. 207/2010, nella parte in cui disponeva che *"ai fini del perseguimento delle esigenze ambientali, tengono in considerazione, ove possibile, i criteri di tutela ambientale di cui al decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 11 aprile 2008 [...] e successivi decreti attuativi"*.

²⁵⁷ Così, in particolare, il comma primo, lett. a) dell'art. 120, D.p.R. n. 207/2010

al perseguimento delle esigenze di sostenibilità ambientale e, del pari, limitare le possibilità di scelta rimesse alla stazione appaltante alle soluzioni all'uopo codificate dai decreti ministeriali di attuazione.

Relativamente al primo profilo, dalla natura giuridica non vincolante dello strumento pianificatorio e dei decreti di attuazione da quello dipendenti, in linea di principio desumibile dall'assenza di disposizioni vincolanti in seno alla legislazione primaria, unita alla valorizzazione del potere di valutazione tecnica riconosciuto dalla medesima fonte legislativa in capo al pubblico committente, sembrerebbe discendere l'insussistenza di qualsivoglia vincolo in capo alle amministrazioni aggiudicatrici in punto di modulazione della *lex* di gara e di piegamento di quest'ultima al perseguimento delle istanze di sostenibilità ambientale.

Sotto il secondo, la valorizzazione dei margini di apprezzamento tecnico-valutativo commessi alla stazione appaltante nella conformazione della disciplina di gara, quale emergente dal complessivo impianto codicistico e, a monte, dalla configurazione assunta dalle istanze di preservazione ambientale all'interno della disciplina legislativa di derivazione sovranazionale, sembrerebbe del pari contribuire a diradare le opacità inerenti l'eventuale efficacia limitante delle indicazioni di carattere tecnico desumibili dai decreti ministeriali rispetto all'esercizio del potere.

Collocandosi in tale ordine di idee, la mancata cogenza delle indicazioni da ultimo richiamate sortiva l'effetto di espandere il perimetro delle valutazioni rimesse alla stazione appaltante nell'ottica della promozione della sostenibilità ambientale, rinvenendo queste ultime un limite esclusivamente nell'esigenza di garantire la contendibilità della commessa e la proporzionalità del requisito ovvero del criterio determinati dalla *lex specialis* di gara rispetto all'oggetto ed al valore del contratto da aggiudicare.

5. *Il mutamento di paradigma impresso dai più recenti interventi di novella della disciplina di diritto interno: obbligatorietà dell'osservanza dei criteri ambientali minimi e sua incidenza sull'estensione del perimetro dell'attività valutativa riservata all'amministrazione committente.*

Se, dunque, il quadro delineato dal D.lg. n. 163/2006 nella formulazione originaria ed in quella riveniente dall'approvazione del primo²⁵⁸, del secondo e del terzo decreto correttivo²⁵⁹, si mostrava pienamente conforme, nel tenore letterale prima ancora che sul piano sostanziale, al disegno tracciato dalla legislazione di diritto derivato sovranazionale, riservando alle stazioni appaltanti le valutazioni in merito all'esigenza di integrare clausole indirizzate al perseguimento di istanze di sostenibilità ambientale, purché connesse e pertinenti all'oggetto dell'aggiudicanda commessa, la novella apportata dalla L. 28 dicembre 2015, n. 221 sembrerebbe aver incrinato tale impianto, demandando, in relazione ad *numerus clausus* di fattispecie, alle valutazioni tecniche commesse all'amministrazione centrale in sede di definizione dei decreti ministeriali recanti i criteri ambientali minimi, la formulazione del giudizio relativo alla pertinenza del requisito o della caratteristica tecnica a rilevanza ambientale rispetto alla natura, all'oggetto ed alle caratteristiche del contratto da stipulare.

Un mutamento di prospettiva, quello dianzi rammentato, realizzato con la codificazione di un obbligo di inserzione delle indicazioni di matrice tecnico-ambientale contenute nei decreti ministeriali costituenti attuazione del piano d'azione nazionale in tema di GPP, che sembrerebbe aver rivestito una non trascurabile incidenza sui margini di manovra riservati alle medesime stazioni appaltanti tanto relativamente alla scelta del *genus* del contratto da stipulare, quanto in ordine alla determinazione della relativa *species*, riverberando, conseguentemente, i propri riflessi sulla concreta perimetrazione degli spazi riservati all'esercizio delle potestà tecnico-valutative rimesse all'amministrazione indicente in punto di definizione delle caratteristiche oggettive della prestazione da reperire sul mercato.

²⁵⁸ Adottato con D.Lg. 26 gennaio 2007, n. 6, in Gazzetta Ufficiale

²⁵⁹ In particolare, il secondo decreto correttivo, adottato con D.Lg. 31 luglio 2007, n. 113, in Gazzetta Ufficiale del 31 luglio 2017, n. 176, il cui art. 1, comma primo, lett. i), per quanto di interesse, aveva disposto la sostituzione della disposizione di cui all'art. 83, comma primo, lett. e) relativo all'indicazione dei parametri di valutazione per le ipotesi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ricomprendendo, accanto alle caratteristiche ambientali le caratteristiche concernenti il risparmio energetico e la riduzione del consumo delle risorse naturali.

Segnatamente, l'atto legislativo dianzi rammentato, inserendosi in un intervento di politica legislativa di più ampio respiro, dichiaratamente orientato a conformare il concreto esercizio dell'attività amministrativa all'osservanza degli imperativi di sostenibilità ambientale e di preservazione e contenimento del consumo delle risorse energetiche ed alla progressiva implementazione di strumenti giuridici atti a propiziare la diffusione del paradigma della *green economy*, aveva disposto, per quanto di interesse, l'introduzione dell'art. 68-*bis* nel corpo del D.Lg. n. 163/2003.

La previsione da ultimo richiamata, pressoché integralmente trasfusa nella disposizione di cui all'art. 34, D.Lg. n. 50/2016²⁶⁰ nella formulazione antecedente alle modifiche apportate dal D.Lg. 16 aprile 2017, n. 56, nel rafforzare la portata precettiva delle linee strategiche e degli obiettivi di sostenibilità energetica ed ambientale delineati dal piano d'azione nazionale, limitatamente agli affidamenti relativi alle categorie merceologiche disciplinate dai decreti ministeriali di attuazione, aveva attribuito carattere vincolante alle indicazioni ivi contenute, prescrivendo, attraverso la predeterminazione di soglie differenziate in relazione all' articolazione dell'oggetto contrattuale ed alle finalità alle quali quest'ultimo mediamente rispondeva²⁶¹ l'obbligo di modulare le clausole della *lex specialis* di gara concernenti la definizione delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali relative all'esecuzione della commessa nel rispetto delle prescrizioni di natura tecnica contenute nei

²⁶⁰ In particolare, dal raffronto tra il tenore letterale della disposizione di cui all'art. 68-*bis*, D.Lg. 12 aprile 2006, n. 163, con il disposto dell'art. 34, D.Lg. 16 aprile 2016, n. 50, l'unica differenza di rilievo sembrerebbe poter essere ravvisata nel fatto che all'indicazione nominativa delle tipologie contrattuali non collegate agli usi finali dell'energia, relativamente alle quali l'obbligo di introduzione dei c.a.m. nella predisposizione della *lex specialis* di gara si trovava ad essere limitato alla misura del 50% del valore da porre a base di gara, fosse stata sostituita, nella disciplina di cui all'attuale codice dei contratti pubblici, dall'utilizzo di una formula riassuntiva e dalla specifica menzione delle eventuali ipotesi derogatorie.

²⁶¹ È noto, al riguardo, come il previgente art. 68-*bis*, D.Lg. n. 163/2006 e, correlativamente l'art. 34, comma secondo, D.Lg. n. 50/2016 nella formulazione originaria operassero una summa divisio tra i contratti pubblici connessi al conseguimento dell'efficienza negli usi finali dell'energia, relativamente ai quali l'obbligo di applicazione dei criteri ambientali minimi si estendeva all'intero importo posto a base d'asta e le ulteriori fattispecie contrattuali relative alle categorie merceologiche normativamente indicate che di tal carattere difettassero, relativamente ai quali l'applicazione delle clausole ecologiche era limitata al 50% del valore posto a base d'asta. In particolare, l'applicazione dei c.a.m. all'intero valore posto a base d'asta era circoscritta agli affidamenti dei contratti di appalto: a) di fornitura di lampade a scarica ad alta intensità, di moduli LED per l'illuminazione pubblica e del servizio di illuminazione pubblica come definiti e caratterizzati dal d.m. 23 dicembre 2013; b) di forniture di attrezzature elettriche ed elettroniche da ufficio, conformemente alle indicazioni rivenienti dal d.m. 13 dicembre 2013; c) dei servizi energetici per edifici, in ossequio alle prescrizioni di cui al d.m. 7 maggio 2012, con l'aggiunta, ad opera dell'art. 34, co.2, D.Lg. n. 50/2016 nella formulazione antecedente alle modifiche apportate dal D.Lg. n. 50/2017, dei servizi di progettazione e di affidamento di appalti di lavori per la costruzione di nuovi edifici pubblici, relativamente al quale i criteri ambientali minimi sono stati successivamente adottati con d.m. 11 ottobre 2017.

decreti ministeriali di approvazione dei c.a.m.²⁶², destinati ad assolvere la funzione di integrare *tout court* ovvero di fungere da parametro per la redazione della *lex specialis* di gara.

L'entrata in vigore del primo decreto correttivo all'attuale codice dei contratti pubblici sembrerebbe aver rafforzato ulteriormente la portata precettiva della disposizione, attraverso una diversa modulazione dell'ambito di applicazione oggettivo²⁶³ e la generalizzazione dell'obbligo alla medesima previsione sotteso, dischiudendo, del pari, la via verso l'internalizzazione delle considerazioni inerenti alla sostenibilità ambientale della soluzione tecnica e prescelta, attraverso l'ancoraggio dei criteri di determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai parametri individuati dalla fonte secondaria.

Ponendosi sul piano delle implicazioni di ordine teorico e pratico riconducibili all'innovazione legislativa da ultimo rammentata, la compiuta comprensione di queste ultime postula, ad avviso di chi scrive, il preventivo scioglimento di taluni dei nodi riconducibili alla formulazione della norma ed alla collocazione della medesima nel più ampio contesto delle misure e degli interventi finalizzati a dare ingresso ai principi di integrazione e dello sviluppo sostenibile nelle ordinarie dinamiche di mercato e nel settore dei pubblici affidamenti in particolare.

La circostanza per la quale la disposizione testé menzionata sembri, in linea di principio, dischiudere la via verso la progressiva dilatazione degli obblighi incombenti in capo alle pubbliche amministrazioni in punto di perseguimento delle istanze di sostenibilità ambientale, con evidenti riflessi in relazione alla possibilità di censurare in via giurisdizionale, in quanto eventualmente illegittimi, gli atti ed i provvedimenti amministrativi i quali deviassero dal paradigma descritto dalla fonte normativa, rende imprescindibile, nella presente sede, il

²⁶² Ove traguardati dal punto di vista strutturale, i decreti ministeriali di approvazione dei criteri ambientali minimi sembrerebbero essere caratterizzati da una spiccata omogeneità. Ed, invero, alle premesse, le quali si compendiano nella ricognizione delle disposizioni legislative in materia ambientale e sociale e degli atti non vincolanti eventualmente rilevanti al fine dell'aggiudicazione della commessa, si giustappongono: una sezione relativa alla definizione e denominazione dell'oggetto del contratto e delle caratteristiche delle relative specifiche tecniche ad applicazione obbligatoria; un'ulteriore sezione concernente le clausole contrattuali e le condizioni di esecuzione da definire in sede di stesura della *lex specialis* di gara; una sezione relativa all'indicazione dei requisiti di qualificazione degli operatori economici aventi rilevanza ambientale; una parte deputata all'individuazione dei criteri premianti, da tenere in conto al fine della determinazione dei parametri ai quali ancorare la selezione dell'offerta attraverso il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

²⁶³ Quale inferibile, in particolare, dall'introduzione di una previsione destinata a disciplinare la portata dell'obbligo di applicazione delle clausole ecologicamente orientate in relazione all'aggiudicazione di contratti di appalto nel settore della ricostruzione edilizia.

procedere alla determinazione del perimetro entro il quale possa essere riconosciuta alla norma una effettiva portata cogente.

Collocandosi in tale ordine di idee, dalla formulazione della disposizione sembrerebbe lecito inferire che, con particolare riferimento alla determinazione dei presupposti per l'astratta configurazione dell'obbligo di conformazione della *lex specialis* di gara secondo criteri di sostenibilità ambientale, la predetta vincolatività risulti essere condizionata alla preventiva adozione ed entrata in vigore dei decreti ministeriali di approvazione dei criteri ambientali minimi in relazione alle specifiche prestazioni da reperire mercé l'aggiudicazione della commessa.

Il che, se da un lato sembra limitare la portata precettiva della disposizione²⁶⁴, dall'altro parrebbe sortire l'effetto di espandere il perimetro delle valutazioni commesse all'amministrazione indicente con riguardo alle fattispecie relativamente alle quali l'oggetto del contratto da aggiudicare, pur non ricadendo entro l'ambito di applicazione oggettivo dei singoli decreti ministeriali possa essere ricompreso, quanto al *genus*, nel novero delle categorie merceologiche individuate dal piano d'azione nazionale ovvero sia al medesimo mediamente assimilabile in ragione della potenziale riconducibilità a quelli, in virtù dell'analogia delle caratteristiche intrinseche della commessa da affidare.

Di conseguenza, la concreta assenza degli strumenti giuridici all'uopo preordinati, determinerebbe, del pari, l'impossibilità di configurare l'eventuale mancato perseguimento degli obiettivi di sostenibilità ambientale, in parte qua, alla stregua di vizio inficiante la legittimità degli atti eventualmente adottati.

Con riferimento alla determinazione della concreta latitudine dell'*obbligo* incombente in capo alle amministrazioni aggiudicatrici, sebbene tale lettura sembri indebolire la portata della norma, adombrando gli elementi di innovatività che caratterizzerebbero la disciplina di diritto nazionale rispetto al quadro tracciato dal legislatore euro-unitario, sembra che quest'ultimo debba essere limitato all'inserzione delle specifiche tecniche e delle clausole relative all'esecuzione della commessa, con esclusione, dunque, della vincolatività, in parte qua, dei criteri premianti individuati dai decreti ministeriali per la determinazione dei parametri

²⁶⁴ Ciò è, in particolare, evidenziato da F. Fracchia e S. Vernile, *I contratti pubblici come strumento dello sviluppo ambientale*, in *Riv. quadr. dir. ambiente*, 2020, 2, specie 17, ove gli autori rilevano nella complessità del procedimento di adozione dei decreti recanti i criteri ambientali minimi uno tra gli elementi potenzialmente atti a ridurre l'incidenza della norma di cui all'art. 34, commi 1 e 2

valutativi da assumere nelle ipotesi di opzione per il sistema di selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa fondata sulla valutazione del rapporto qualità/prezzo.

La formulazione della disposizione, nella parte in cui opera il riferimento alla *presa in considerazione* ai fini della stesura della disciplina di gara, sembrerebbe indurre a propendere per un'interpretazione dei criteri de quibus alla stregua di parametri orientativi, l'applicazione dei quali sembrerebbe presupporre il compimento, da parte della stazione appaltante, di analisi volte a ricostruire le caratteristiche del mercato di riferimento e, in particolare, a garantire da un lato l'inerenza dei parametri valutativi alle caratteristiche oggettive e funzionali della prestazione, dall'altro a consentire la valorizzazione di profili involgenti le caratteristiche soggettive ed organizzative del potenziale offerente esclusivamente nelle ipotesi in cui la predeterminazione dei criteri di valutazione dell'offerta non dissimuli in realtà una surrettizia predeterminazione del potenziale aggiudicatario al quale attribuire il punteggio massimo.

Anche sotto tale profilo, l'eventuale scostamento della *lex specialis* di gara dalle indicazioni contenute nei decreti ministeriali recanti i criteri ambientali minimi²⁶⁵, giustificato in ragione delle caratteristiche del mercato di riferimento, sembrerebbe indurre a propendere per la non configurabilità dell'illegittimità del bando in ragione del riscontro del vizio di violazione di legge o dell'eccesso di potere in ragione della carenza sostanziale di motivazione.

La riespansione del perimetro degli apprezzamenti valutativi riservati all'amministrazione indicente sembrerebbe, del pari, caratterizzare l'ulteriore fattispecie contemplata dalla disposizione testé menzionata relativamente al settore degli affidamenti di

²⁶⁵ Sulla determinazione del rapporto tra le disposizioni di cui ai commi primo e secondo dell'art. 34, D.Lg. n. 50/2016, si vedano le conclusioni rassegnate da Cons.Stato, III, 17 aprile 2018, n. 2317, nel giudizio relativo all'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva adottato all'esito del procedimento di valutazione comparativa per l'affidamento in concessione del servizio di ristorazione e gestione di punti di ristoro, ove l'operatore economico non risultato aggiudicatario aveva censurato, *inter alia*, l'illegittimità della *lex specialis* di gara sulla scorta della mancata previsione, ad opera dell'amministrazione committente, dei criteri premiali per l'aggiudicazione dell'offerta. Muovendo dall'esegesi del dettato normativo e, in particolare, dalla perimetrazione dal punto di vista oggettivo degli obblighi incombenti sull'amministrazione committente in forza della disposizione di cui all'art. 34, interpretata in combinato con le più specifiche previsioni contenute nel d.m. 25 luglio 2011 relativo alla definizione dei criteri ambientali minimi per i servizi di ristorazione, il giudice adito ha disatteso la doglianza sollevata dal ricorrente, in particolare ponendo in rilievo il fatto che: "le "specifiche tecniche premianti", rilevanti ai fini dell'attribuzione del punteggio nell'ambito delle gare da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si distinguono[...], dalle "specifiche tecniche di base" e dalle "condizioni di esecuzione/clausole contrattuali", alle quali unicamente fa riferimento la norma citata laddove ne sancisce il necessario inserimento nella documentazione di gara, per escludere che identico trattamento debba essere riservato alle prime[...]. La norma, nello stabilire che le stesse debbano essere "tenute in considerazione", non fissa un rapporto di rigida corrispondenza tra le stesse ed i criteri di valutazione delle offerte tecniche contenuti nella *lex specialis*. incentivando, senza rendere rigorosamente obbligatorio l'adattamento della *lex specialis* ai suddetti criteri di carattere premiante."

lavori di ristrutturazione, demolizione e di ricostruzione di edifici, relativamente ai quali la formulazione della norma sembra ridimensionare la portata dell'obbligo, condizionando la modulazione delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali secondo criteri di sostenibilità ambientale alle risultanze delle valutazioni di carattere tecnico operativo sottese alla redazione dei progetti preliminari ed agli studi di prefattibilità ambientale dell'opera, con la conseguenza di ritenere estensibili anche alla fattispecie de qua le conclusioni rassegnate in relazione all'omessa previsione dei criteri premiali per la valutazione dell'offerta.

Se, dunque, il perimetro entro il quale la precettività del vincolo legislativamente imposto all'operato delle stazioni appaltanti può riverberarsi sulla legittimità della determinazione della disciplina di gara ad opera delle prime può ritenersi di non disagevole determinazione, appare nondimeno d'uopo porre in rilievo come maggiormente problematica appaia, almeno *prima facie*, la determinazione delle ipotesi nelle quali la violazione delle disposizioni legislative possa costituire oggetto di scrutinio in sede giurisdizionale. Sebbene tali notazioni non rivestano rilievo dirimente ai fini della presente indagine, una sintetica riflessione al riguardo sembrerebbe costituire un valido ausilio al fine di vagliare la portata e la consistenza del predetto vincolo, per così dire, *alla prova dei fatti*.

Non appare casuale, al riguardo, l'interesse manifestato dalla dottrina²⁶⁶ al fine di ricostruire il regime processuale concretamente applicabile in relazione alle fattispecie *de quibus* soprattutto in ragione della configurazione concretamente assunta nell'ordinamento interno dal sistema della giurisdizione amministrativa, notoriamente improntato al modello della giurisdizione di diritto soggettivo.

Come noto, la declaratoria di ammissibilità di un'impugnazione esperita avverso un provvedimento amministrativo risulta indefettibilmente condizionata al positivo scrutinio, da parte del giudice adito, della titolarità, in capo al ricorrente, di una posizione giuridica attiva differenziata, avente la consistenza di diritto soggettivo o di interesse legittimo, non disgiunta

²⁶⁶ Interessanti riflessioni al riguardo in F.de Leonardis, *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, in M.A. Sandulli (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, II, Milano, 2019, ove, muovendo dal riconoscimento, in capo all'ANAC delle funzioni di monitoraggio sulla corretta implementazione dei criteri ambientali minimi nella redazione della *lex specialis* di gara, l'autore giunge a teorizzare l'estensibilità alle fattispecie di omessa applicazione delle clausole delle indicazioni di natura tecnica contenute nei decreti ministeriali attuativi, la legittimazione processuale di carattere speciale in capo a quella riconosciuta in forza delle disposizioni di cui all'art. 211, commi 1-bis e 1-ter. In posizioni sostanzialmente analoghe, R. Leonardi, *La tutela dell'interesse ambientale, tra procedimenti, dissensi e silenzi*, Torino, 2021, specie 288.

dalla dimostrazione di un pregiudizio diretto, concreto ed attuale dell'interesse sostanziale causalmente riconducibile all'emanazione del provvedimento o dell'atto amministrativo.

Con particolare riguardo all'eventuale giustiziabilità dell'omessa conformazione della *lex specialis* di gara alle prescrizioni tecniche recate dai decreti ministeriali di attuazione dei criteri ambientali minimi, tanto in ragione della mancata applicazione, quanto in virtù dell'eventuale difformità dal paradigma riveniente dall'atto ministeriale, se il presupposto della *legitimatio ad causam* può essere pacificamente riconosciuto in capo agli operatori economici che abbiano preso parte al confronto competitivo, altrettanto non sembrerebbe a dirsi in relazione ai profili involgenti lo scrutinio in punto di sussistenza di interesse al ricorso.

Condizione, quest'ultima, la quale potrebbe ritenersi inverata esclusivamente nelle ipotesi in cui l'omessa applicazione dei criteri ambientali minimi e, dunque, la potenziale illegittimità della documentazione di gara, ridondassero nell'adozione di un provvedimento di aggiudicazione in favore di altro concorrente, il quale in linea ipotetica avesse presentato una soluzione tecnica non conforme ai requisiti minimi individuati dai decreti di approvazione dei c.a.m., con tendenziale esclusione dell'astratta impugnabilità in via autonoma delle clausole del bando e del disciplinare di gara redatte in violazione della disposizione di cui all'art. 34, commi primo e secondo²⁶⁷. A diversa conclusione, naturalmente, si dovrebbe pervenire laddove l'amministrazione procedente, nel riscontrare l'eventuale difformità della *lex specialis* di gara alle prescrizioni di cui ai decreti c.a.m., al ricorrere dei presupposti delineati dalla disciplina generale sul procedimento amministrativo, annullasse in via officiosa²⁶⁸ il bando di gara.

²⁶⁷ Sulla questione della configurabilità dell'omessa inserzione, in seno alla *lex specialis* di gara, delle clausole contenute nei decreti ministeriali di adozione dei criteri ambientali minimi alla stregua di clausola avente portata immediatamente lesiva, con particolare riguardo alla riconducibilità di quest'ultima all'interno della tassonomia delle clausole escludenti, le quali pur non afferendo alla predeterminazione dei requisiti soggettivi di partecipazione, potessero, nondimeno rivelarsi preclusive alla proficua partecipazione dell'aspirante aggiudicatario, giacché pur involgendo caratteristiche proprie delle offerte, rendessero impossibile il calcolo della convenienza tecnico-economica ai fini della partecipazione alla gara, si vedano le conclusioni rassegnate da Tar Toscana, I, 26 giugno 2020, n. 801.

²⁶⁸ Sul tema dell'annullamento d'ufficio e, più in generale, dell'autotutela decisoria la bibliografia è sterminata. Sia al riguardo, consentito rinviare a E. Cannada Bartoli, *Annullamento e annullamento*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, F. Benvenuti, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, G. Coraggio, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1988, C. Deodato, *L'annullamento d'ufficio*, in M.A. Sandulli, (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017. Per l'inquadramento dell'istituto dell'autotutela decisoria nel novero dei procedimenti di secondo grado, si vedano A. Sandulli, *Il procedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Tratato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2003, R. Villata e M. Ramajoli, *I provvedimenti di secondo grado*, in Id. *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017.

Le considerazioni che precedono parrebbero ridimensionare, laddove l'attenzione sia concentrata sui profili attinenti all'operatività della disposizione, la portata dirompente della soluzione codificata dal Legislatore interno, a meno di non voler aderire alle linee interpretative le quali, muovendo dalla valorizzazione della valenza integratrice della disciplina codicistica, propendono per l'astratta configurabilità di un'eterointegrazione²⁶⁹ della *lex specialis* eventualmente difforme al precetto normativo.

Sebbene la conseguenza maggiormente percepibile del mutamento di prospettiva che si pone sullo sfondo dell'attuale assetto regolatorio alberghi, dunque, nell'iscrizione ai c.a.m. della valenza di parametro al vaglio dell'osservanza del quale ancorare la legittimità della procedura di gara, gli interrogativi che il primo solleva sembrerebbero estendersi ai profili concernenti i riflessi eventualmente riverberati sul concreto atteggiarsi dell'attività delle stazioni appaltanti. Collocando la questione sul piano della teoria generale dell'attività amministrativa, ci si potrebbe, in altri termini, chiedere se l'obbligatorietà dei c.a.m. valga a rideterminare la natura delle posizioni giuridiche dispiagate dall'amministrazione aggiudicatrice in relazione al concreto svolgimento del procedimento comparativo.

Al riguardo, se si può convenire con l'affermazione secondo la quale la vincolatività delle prescrizioni tecniche contenute nei criteri ambientali minimi importi la perimetrazione del potere di scelta della stazione appaltante nel determinare le caratteristiche delle prestazioni richieste, con esclusivo riguardo alla predeterminazione di un livello minimo di sostenibilità ambientale, la circostanza per la quale il rinvio alla disciplina secondaria sottenda la parziale devoluzione dell'esercizio delle valutazioni tecniche all'amministrazione centrale, non disgiunta dal carattere dettagliato delle prescrizioni così formulate, sembrerebbe di per sé rivelarsi idonea ad ingenerare interrogativi in relazione all'eventuale compressione dei margini alle prime riservati in relazione alla scelta del *tipo* contrattuale, *recte* in ordine all'individuazione, quanto al *genus*, delle prestazioni da dedurre in contratto.

²⁶⁹ A tale conclusione, valorizzando il connotato di imperatività sotteso alla disposizione di cui all'art. 34, D.Lg. n. 50/2016, pervengono F. Fracchia e S. Vernile, *I contratti pubblici*, cit. Il tema dell'etero-integrazione degli atti costituenti la *lex specialis* di gara che, come noto, costituisce oggetto di ampie riflessioni ad opera del giudice amministrativo con particolare riguardo alle questioni involgenti l'eventuale operatività della clausola di equivalenza, a prescindere da espliciti rimandi alla stessa nella documentazione di gara, si colloca, ponendo la questione su di un piano generale, nel contesto della determinazione dei rapporti tra la disciplina di diritto privato speciale quale riveniente dalle disposizioni di cui al codice dei contratti pubblici e la disciplina di diritto comune, con particolare riguardo all'eventuale estensibilità, in relazione ai contratti conclusi dall'amministrazione secondo lo schema procedimentale dell'evidenza pubblica, dei meccanismi di integrazione del regolamento contrattuale previsti e disciplinati ex artt. 1339 e 1374 c.c.

Una valutazione, quest'ultima, la quale, costituendo un antecedente logico rispetto alla predisposizione della disciplina chiamata a guidare l'esecuzione del singolo procedimento e postulando la preventiva valutazione circa l'opportunità e la convenienza di addivenire alla stipulazione del contratto e, sia pur in linea eventuale, una preventiva selezione e ponderazione tra gli interessi pubblici compresenti e rivelandosi cronologicamente e logicamente anteriore o coeva all'adozione della deliberazione di contrarre, sembrerebbe porsi a cavaliere tra l'area delle valutazioni da ascrivere al merito amministrativo ed il concreto esercizio del potere discrezionale, come tale idonea a collocarsi entro il perimetro del *marginale libero positivamente limitato*²⁷⁰ dalle prescrizioni normative.

Le conclusioni all'uopo rassegnate dall'elaborazione pretoria, sia pur con esclusivo riguardo a talune tra le fattispecie contrattuali oggetto di disciplina da parte dei decreti ministeriali di adozione dei c.a.m.²⁷¹, parrebbero adombrare la necessità di rideterminare al ribasso il perimetro delle valutazioni riservate alla stazione appaltante non soltanto in punto di descrizione del *facere* o dell'*opus* costituenti l'oggetto del contratto attraverso la determinazione delle specifiche tecniche, bensì la classificazione tipologica delle prestazioni²⁷² da acquisire sul

²⁷⁰ Così M.S. Giannini, *Il potere discrezionale*, cit., 51.. Sulla "limitazione" come attributo fondamentale del potere e dell'attività discrezionale, si vedano le osservazioni formulate dal medesimo M.S. Giannini, *op. ult.*, cit. 23, "La discrezionalità (come attività), non è limitata positivamente solo nel caso della discrezionalità amministrativa, ma [...] è tale in tutti i casi in cui esiste"

²⁷¹ Il riferimento corre, in particolare, al settore dell'affidamento dei servizi di illuminazione e riqualificazione energetica degli edifici pubblici, relativamente al quale il d.m. 7 marzo 2012, nel definire i criteri ambientali minimi da applicare in relazione all'aggiudicazione degli appalti relativi ai servizi in oggetto, delinea, in relazione alla diversità delle condizioni fattuali e materiali, due differenti fattispecie, provvedendo, altresì all'enucleazione dei presupposti per la sussunzione del concreto contratto da aggiudicare nell'una o nell'altra fattispecie ma limitandosi, per quanto di interesse, alla determinazione dei requisiti c.d. premianti, dei requisiti di selezione, delle clausole contrattuali e della durata complessiva dell'affidamento.

²⁷² Sia, al riguardo, consentito richiamare le conclusioni rassegnate da Tar Lombardia, Milano, I, 24 aprile 2020, n. 685 nel giudizio concernente l'impugnazione, ad opera dell'operatore economico non aggiudicatario, del provvedimento di aggiudicazione definitiva e della *lex specialis* relativa ad una procedura di aggiudicazione del servizio di illuminazione e forza motrice, censurandone l'illegittimità in virtù della mancata conformazione alle prescrizioni tecniche contenute nel d.m. 7 marzo 2012, con particolare riguardo all'insussistenza dei presupposti per sussunzione dell'appalto da aggiudicare nella fattispecie "B" e per la previsione di una durata dell'affidamento superiore rispetto a quella delineata dall'atto amministrativo generale. Nell'accogliere il gravame, il giudice adito, muovendo dalla ricognizione delle norme vigenti, è pervenuto all'integrale annullamento degli atti della procedura, con contestuale riedizione dell'intera gara, sulla scorta della considerazione per la quale "Al di là degli intendimenti della stazione appaltante siccome manifestati nella *lex specialis* in guisa di divisamento e conformazione del successivo rapporto negoziale con la impresa aggiudicataria della gara, la retta individuazione dei criteri minimi ambientali applicabili e conformanti la potestas della stazione appaltante in sede di redazione "della documentazione progettuale e di gara" a' sensi dell'art. 34 d.lgs. 50/16- è ineluttabilmente condizionata:- dapprima, alla certazione della sussistenza dei presupposti di fatto contemplati dalla norma (trattasi di un munus preliminare di acclaramento gravante in capo alla Amministrazione, e che si colloca nella cd. "zona del fatto" della disposizione ministeriale recante i CAM;- di poi, alla ricostruzione della disciplina che è propria dei due diversi "casi"; trattasi della cd. "zona dell'effetto" delle regole portate dal DM, in relazione alla quale la Amministrazione non ha veruna possibilità di incidenza e/o ingerenza. In altre parole, nell'esercizio della potestas di individuazione e determinazione delle regole

mercato, con la prospettazione di situazioni in cui alle amministrazioni non sia rimesso alcun potere di scelta e con la conseguenza di configurare, quanto meno in relazione alle fattispecie *de quibus*, l'attività devoluta alle pubbliche amministrazioni alla stregua di attività vincolata²⁷³.

Ciò che parrebbe sortire l'effetto di contraddire in radice l'aspirazione alla flessibilità, della quale l'incremento della latitudine dei confini delle valutazioni riservate alle amministrazioni affidanti con particolare riguardo al segmento cruciale della procedura, costituito dalla predeterminazione dei requisiti dell'aggiudicatario e dell'offerta, avrebbe dovuto costituire una tra i meccanismi attuativi maggiormente qualificanti, riproponendo, sia pur secondo logiche distinte, quella tendenza all'iper-regolazione da parte della fonte primaria o subprimaria del *modus procedendi* delle stazioni appaltanti che aveva caratterizzato la risalente produzione legislativa .

6. *Contratti non ricadenti nell'ambito di applicazione dei criteri ambientali minimi: diversa natura delle potestà esercitate dall'amministrazione aggiudicatrice in sede di adozione della deliberazione di contrarre e di definizione della lex specialis di gara in punto di internalizzazione dell'interesse ambientale.*

Se, dunque, al pari di quanto si sia tentato di porre precedentemente evidenza, il riconoscimento della vincolatività, almeno relativa, delle *prescrizioni tecniche* delineate dai decreti ministeriali recanti i criteri ambientali minimi riveste una non trascurabile incidenza in relazione

di gara, in parte qua, all'Autorità amministrativa non spetta la effettuazione di scelte, espressione di discrezionalità amministrativa, bensì: la certazione di presupposti di fatto contenuti nel DM 7 marzo 2012;- la applicazione necessitata, nell'an come nel quid, della disciplina che giusta le previsioni del DM- effettivamente discende dalla situazione fattuale siccome sussunta nel paradigma colà tratteggiato." Pronuncia, questa, confermata da Cons. Stato, V, 3 febbraio 2021, n. 972, ove il collegio giudicante, nel prendere le mosse tanto dalla ontologica diversità dei presupposti applicativi delineati dal decreto ministeriale in relazione alle due fattispecie oggetto di disciplina, quanto dal condizionamento indotto dalla vigenza del principio di legalità dell'azione amministrativa sull'agere dell'amministrazione committente, ha rimarcato come il primo incida sulle modalità con le quali in concreto quest'ultima debba perseguire gli obiettivi legislativamente prefissati, residuando margini di apprezzamento esclusivamente in ordine alla determinazione della durata del vincolo contrattuale, purché coerente con gli obiettivi e i criteri delineati.

²⁷³ Si vedano, sul punto, le osservazioni formulate, sia pur con riguardo al previgente impianto disciplinare ed all'incidenza delle indicazioni recate dai decreti c.a.m. sul margine valutativo riconosciuto in capo alle amministrazioni aggiudicatrici nella conformazione dei criteri , da C. Guccione e L. Palatucci, *Profili ambientali nelle procedure ad evidenza pubblica*, cit. ,782. In termini generali, sul tema della comprimibilità dei margini di apprezzamento discrezionale riservati alle pubbliche amministrazioni ad opera della fonte legislativa, manifestando riserve in relazione all'integrale depauperamento del potere di scelta ascrivibile in capo ai pubblici poteri, D. Vaiano, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996.

alla concreta modulazione dell'*agere* delle amministrazioni quanto all' integrazione dell'interesse ambientale nel procedimento comparativo e nel regolamento negoziale, a conclusioni parzialmente diverse sembrerebbe doversi pervenire in relazione alle fattispecie contrattuali non ricadenti entro il perimetro applicativo della disposizione di cui all'art. 34, D.Lg. n. 50/2016 e ss.mm.ii.

Con riguardo ai tipi contrattuali dei quali si discorre, alla compressione dei margini valutativi in linea di principio riveniente dalla devoluzione del potere di valutazione tecnica in capo all'amministrazione centrale sembra, di contro, giustapporsi l'integrale espansione degli spazi di intervento riservati all'amministrazione procedente, entro il perimetro dei limiti tracciati dalle disposizioni legislative concernenti i singoli segmenti procedurali, dalla determinazione dell'oggetto contrattuale, sino alla delineazione delle modalità di esecuzione del contratto e dalla vigenza dei principi generali della materia.

Al fine di comprendere la latitudine e la consistenza dei poteri di valutazione riservati alle amministrazioni affidanti in relazione alla valorizzazione dei profili di rilevanza ambientale mediamente correlati all'oggetto od alle modalità di esecuzione della commessa da aggiudicare, specie ove si intenda concentrare l'attenzione sulla determinazione dei confini del sindacato riservato all'autorità giudiziaria sulle scelte compiute dalle prime, al fine di valutare la possibilità di rivenire un fondamento dogmatico che giustifichi, alla luce delle considerazioni che se ne trarranno, gli orientamenti alquanto restrittivi emersi in seno alla giurisprudenza nazionale, sembrerebbe rivelarsi imprescindibile, il procedere a scrutinare, osservando il tema nel dispiegarsi del procedimento concorsuale, la natura giuridica dell'attività posta in essere dalle amministrazioni procedenti, individuando le relazioni intercorrenti tra lo svolgimento della prefata attività e l'interesse pubblico nelle sue molteplici declinazioni.

Come noto, la stipulazione di contratti c.d. ad evidenza pubblica da parte delle pubbliche amministrazioni postula la preventiva formazione ed esternazione della volontà negoziale ad opera dell'amministrazione affidante attraverso l'adozione della deliberazione di contrarre, il contenuto della quale, dapprima ricostruito in chiave ermeneutica, rinvia, nell'attuale quadro normativo, la propria disciplina positiva nella disposizione di cui all'art. 32²⁷⁴, D.Lg. n.

²⁷⁴ Sia, al riguardo, consentito richiamare il tenore letterale della disposizione di cui all'art. 32, co.2, a mente della quale:

50/2016, nonché nelle conferenti disposizioni di cui al vigente Testo Unico in materia di enti locali.

Sebbene non si registri concordia di opinioni in relazione alla qualificazione giuridica da ascrivere all'atto amministrativo de quo²⁷⁵, da una parte rilevandosenne la natura sostanzialmente provvedimentale²⁷⁶, dall'altra ponendosenne in rilievo i più specifici riflessi in punto di sostanziale predeterminazione del contenuto del contratto²⁷⁷ da aggiudicare all'esito dell'esaurimento del procedimento comparativo, il rilievo rivestito da tale atto, in relazione al tema della presente indagine, prescindendosi da qualsivoglia considerazione in merito alla sottrazione di quest'ultimo al sindacato giudiziario, stante la connotazione di atto interno in linea di principio caratterizzante la prefata determinazione²⁷⁸, sembra accresciuto laddove si ponga mente alla circostanza per la quale quest'ultimo- salve restando le diverse conclusioni alle quali si potrebbe pervenire ove si prendesse in considerazione il settore degli affidamenti di lavori pubblici²⁷⁹- sia destinato a costituire l'unico atto il contenuto del quale rappresenti la risultante dell'esercizio di una potestà di matrice autenticamente discrezionale.

²⁷⁵ In tale prospettiva, particolarmente eloquente si rivela la ricostruzione dell'istituto della determinazione di contrattare elaborata da M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., 368, incentrata sulla ricognizione dei profili funzionali dell'atto piuttosto che sulla relativa classificazione entro ben determinate categorie dommatiche, ove si rimarca il fatto che: "La determinazione di contrattare è un atto in cui l'amministrazione enuncia le ragioni che la inducono a concludere un contratto [...], ad adottare un certo criterio per determinare il contraente [...] e un progetto del contratto a cui intenderebbe addivenire [...]. Non è né un negozio preliminare, né una proposta di contratto, né un atto preparatorio: non è negozio o proposta, perché non produce effetti giuridici verso l'esterno; non atto preparatorio perché non è rivolta ad un provvedimento amministrativo successivo. Che cosa sia, dipende dal modo in cui è congegnato il procedimento".

²⁷⁶ Giovi, al riguardo richiamare le osservazioni formulate, sia pur con riguardo alla deliberazione di contrarre prodromica alla successiva stipulazione di contratti *iure privatorum* da A.M. Sandulli, *Deliberazione di negoziare e negozio di diritto privato della pubblica Amministrazione*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1965, ora in *Id. Scritti giuridici*, III, Napoli, 1990, 347 ss.: "La deliberazione [...] ha natura di provvedimento amministrativo e rappresenta, per lo più, l'atto principale di un procedimento amministrativo, anche se non sempre l'atto terminale del procedimento stesso [...] Tale atto amministrativo è, a un tempo, provvedimento normativo (nel senso che statuisce autoritativamente ciò che può o/e deve esser fatto in nome e per conto dell'amministrazione in ordine al negozio di cui trattasi e rappresenta perciò la norma agendi per chi deve porre in essere il negozio) e legittimante (nel senso che da esso nascono, per l'organo qualificato a porre in essere il negozio- anche quando sia lo stesso organo deliberante- i necessari poteri)". Concordano sulla tesi della natura provvedimentale della deliberazione di contrarre, ritenendo, in particolare, che con tale provvedimento l'amministrazione committente provveda alla fissazione della norma agendi A. Buscema e S. Buscema, *I contratti della pubblica amministrazione*, Padova, 2008.

²⁷⁷ Sulla natura ambivalente della determinazione di contrarre, in parte espressiva dell'esercizio di un potere discrezionale, in parte costituente estrinsecazione dell'autonomia negoziale dell'amministrazione affidante, S. Vinti, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008,

²⁷⁸ Salva restando l'ipotesi, invero residuale, in cui l'adozione della deliberazione di contrarre si riveli di per sé idonea a sortire effetti lesivi delle posizioni giuridiche attive vantate dagli aspiranti affidatari

²⁷⁹ Relativamente al quale, come noto, la previsione di un'ulteriore fase prodromica, rappresentata dalla programmazione triennale ed annuale delle opere da realizzare sembrerebbe indurre a propendere per la ricompressione dell'esercizio della potestà autenticamente discrezionale nell'alveo della prefata attività, con compressione dei margini di intervento riservati all'amministrazione appaltante in sede di adozione della deliberazione di contrarre.

Collocando la questione nel cono d'ombra dell'integrazione dell'interesse ambientale all'interno del procedimento negoziale, se le valutazioni relative all'*an* della stipulazione, pur risentendo dei condizionamenti e dei vincoli derivanti dall'espletamento dell'attività di programmazione, possono ritenersi attinenti al *merito*²⁸⁰ dell'azione amministrativa, impingendo, in particolare, in considerazioni di opportunità e convenienza condotte sulla scorta di regole non giuridiche²⁸¹, ponendosi, dunque, al di fuori del perimetro tracciato dalle disposizioni di legge, a diversa conclusione sembrerebbe doversi pervenire con riguardo all'esternazione ed enunciazione dei motivi di interesse pubblico sottesi alla stipulazione contrattuale.

²⁸⁰ Come noto, la categoria concettuale del merito amministrativo ha storicamente costituito uno tra i più fertili terreni di indagine nel panorama dogmatico nazionale a partire dall'ultimo turno del secolo XIX. È, invero, in tale contesto che, ponendosi in rapporto di diretta dipendenza della devoluzione della funzione giurisdizionale in capo alla IV sezione del Consiglio di Stato conseguente all'entrata in vigore della L. 31 marzo 1889, n. 5992 ed in funzione strumentale alla determinazione dei caratteri intrinseci della funzione giurisdizionale ed alla tipizzazione delle *species* di sindacato eventualmente predicabili in relazione agli atti costituenti esercizio del potere amministrativo, l'interesse della scienza giuridica si era appuntato sulla definizione del merito alla stregua di limite alla competenza del giudice amministrativo, con l'effetto di circoscrivere la rilevanza del concetto, invero già definito nelle proprie premesse come attinente alla valutazione dei profili di *opportunità* dell'azione amministrativa, sul piano strettamente processuale. È, tuttavia, nel periodo che si colloca a cavaliere tra il volgere al termine degli anni Trenta ed i primi anni Quaranta del secolo XX, parallelamente al consolidamento degli studi sui caratteri dell'attività dell'atto amministrativi, segnatamente, sui profili involgenti la ricostruzione concettuale della *discrezionalità*, sotto la spinta dell'interesse manifestato dalla dottrina giuspubblicistica tedesca, che la categoria concettuale del *merito amministrativo* acquisisce giuridica rilevanza anche sul piano sostanziale, affrancandosi progressivamente dall'area in cui ricomprendere la discrezionalità come caratteristica del potere e consistente nella selezione e nell'apprezzamento con attribuzione della rispettiva ponderazione da attribuire a ciascuno degli interessi pubblici e privati compresenti. È significativo, al riguardo, che nella ricostruzione propugnata da M.S. Giannini, il problema della distinzione tra i due concetti venisse in rilievo in relazione all'eventuale predicabilità di un sindacato di merito su scelte discrezionali dell'amministrazione. Si cfr. M.S. Giannini, *Il potere discrezionale*, cit., 179 e 180, "Il merito amministrativo costituisce un argomento ancora da studiare.[...] In alcuni casi il termine merito equivale normalmente, a opportunità e convenienza di un atto [...] Del resto, opportunità o convenienza [...] non è un concetto giuridico, [dovendo] distinguersi almeno tra opportunità politica e opportunità scientifica [...] Senza più tener dietro al concetto generale del merito, sembra sicuro che questo termine, rispetto alla discrezionalità amministrativa, designi l'opportunità caratteristica di essa, cioè l'opportunità politica che deve apprezzare l'amministrazione. L'opportunità cade qui in esame non tanto nei suoi aspetti strettamente giuridici, come apprezzamento di un interesse essenziale al lume di interessi secondari (fissazione del valore comparativo di questi vari interessi), quanto in un aspetto più ampio, quale è dato dall'attività diretta alla ricerca, alla selezione dei vari interessi, alla preparazione degli elementi per la valutazione di ciascuno di essi". Nella ricostruzione propugnata dall'autore, la preesistenza logica e cronologica delle valutazioni di merito rispetto alla determinazione discrezionale costituiva la ragione giustificativa della sottrazione dell'atto al sindacato del giudice amministrativo "Il sindacato di merito comporta come minimo una ripetizione dell'apprezzamento comparativo dei vari interessi, essenziale e secondario, compiuto dall'autorità di cui è sindacato l'atto concreto. Ciò significa anche che gli apprezzamenti degli interessi, essenziale e secondario, vengono ripetuti dall'autorità sindacante così come essi erano nel momento ponderativo, ossia quando la soluzione discrezionale non era ancora stata scelta: giuridicamente questi interessi ancora non erano divenuti motivi dell'atto che sarà poi emanato, e nel giudizio di sindacato di merito essi sono assunti non in quanto elementi teleologici dell'atto, ma in una forma ancora non giuridicamente definita perché precedente la loro qualificazione di diritto"

²⁸¹ Così, in particolare, A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1989, 537 ss.

Da questo punto di vista, pare difficilmente revocabile in dubbio che la valutazione in merito all'individuazione dell'interesse pubblico primario concreto²⁸² da perseguire mercé la stipulazione contrattuale postuli la preventiva individuazione e rispettiva ponderazione degli interessi pubblici secondari compresenti, tra i quali trova indubbiamente spazio l'interesse pubblico alla preservazione delle risorse naturali, ricalcando, pertanto, tanto nella forma quanto nella sostanza le modalità di esercizio di un'autentica potestà di natura discrezionale secondo la definizione che di tale potere è stata consacrata nell'elaborazione del Giannini²⁸³.

Ciò che sembrerebbe consentire di ritenere attratta all'area della discrezionalità pura la preventiva attività di selezione del *tipo* contrattuale da aggiudicare, con l'effetto di poter ritenere pienamente giustificabili dal punto di vista dogmatico i limiti apposti dalla stessa giurisprudenza amministrativa alla possibilità di sindacare la scelta compiuta dall'amministrazione²⁸⁴ procedente, stante il vincolo rappresentato dalla riserva di amministrazione²⁸⁵, *id est* l'esclusiva devoluzione dell'attività di valutazione e ponderazione degli interessi in capo a quest'ultima.

L'esaurimento della fase consistente nell'individuazione, quanto al *genus*, del negozio alla stipulazione del quale addivenire costituente, dal canto proprio, un più specifico riflesso della preventiva attività di individuazione e selezione del fine pubblico da perseguire, sembrerebbe, di contro, mutare i termini del problema e con essi la classificazione tipologica dell'attività esercitata dall'amministrazione in punto di determinazione della *lex specialis* di gara.

Ciò che si vuole porre in rilievo è la considerazione per la quale la ponderazione comparativa degli interessi pubblici compresenti, quand'anche richiamata dalle disposizioni

²⁸²La corretta identificazione del quale sembra, in linea di principio, più agevole in relazione agli affidamenti di opere pubbliche, in considerazione della naturale funzionalizzazione dell'opera erigenda all'espletamento di un pubblico servizio. Sul maggior grado di percepibilità della *funzionalizzazione* e dei condizionamenti che tale connotato dispieghi sul concreto svolgimento del procedimento comparativo ove preordinato all'affidamento di contratti di lavori, si vedano le riflessioni formulate da S. Vinti, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, cit. 48. In generale, sull'interesse pubblico specifico quale estrinsecazione singolare del vincolo di scopo, la cui individuazione costituirebbe la risultante di un apprezzamento da condurre al lume del principio di ragionevolezza, si vedano le osservazioni formulate da N. Paolantonio, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, in *Dir.amm.*, 2, 1996, 413 ss.

²⁸³ *Id est*, intesa quale graduazione e valutazione comparativa degli interessi pubblici e privati compresenti.

²⁸⁴ Con particolare riguardo al tema dell'integrazione degli interessi sociali ed ambientali nella determinazione dell'oggetto contratto, propendono per la sostanziale assenza di vincoli in capo alle amministrazioni affidanti S. Arrowsmith e P. Kunzlik, *Social and environmental policies in EC Procurement Law. New directives and new directions*, Cambridge, 2009, specie

²⁸⁵ La quale, come noto, costituisce un diretto riflesso del principio di separazione dei poteri storicamente affermatosi in virtù delle evoluzioni intervenute in seguito alla Rivoluzione francese. Per una compiuta ricostruzione storica, sia consentito rinviare a S. Cassese, *Le basi costituzionali*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2003.

legislative, risulti da queste ultime compiutamente e previamente determinata, con l'effetto di circoscrivere l'ambito dell'attività propriamente discrezionale alla fase prodromica rispetto alla determinazione della disciplina di gara.

Quest'ultima, al contrario, sostanziandosi in un'attività di giudizio finalizzata ad individuare le modalità alternative le quali consentano, al lume di criteri di ordine tecnico, di conseguire la finalità avuta di mira dall'amministrazione affidante, sembrerebbe, in linea di principio, ascrivibile al paradigma delle valutazioni espressive dell'esercizio di discrezionalità tecnica, risultando collateralmente ed incidentalmente condizionate dal precedente esercizio del potere discrezionale.

Correlativamente, se in relazione al segmento prodromico all'indizione del procedimento comparativo, la valorizzazione dell'interesse ambientale pare integrare l'esercizio di una potestà di comparazione dell'interesse de quo rispetto a quello primario immediatamente correlato all'esecuzione della commessa, altrettanto non sembrerebbe a dirsi in punto di internalizzazione della variabile ambientale all'interno del procedimento di gara, venendo quest'ultimo a configurarsi esclusivamente come uno tra i molteplici parametri di natura schiettamente non giuridica, uniti a quelli proprie delle scienze economiche, ai quali ancorare l'esercizio del potere di valutazione ma rimanendo ad esso esterno.

Se la riconduzione delle attività di valutazione de quibus nell'alveo della discrezionalità tecnica non sembra sortire effetto alcuno in relazione alla ricostruzione del perimetro entro il quale il margine di manovra riconosciuto in capo alle amministrazioni sia destinato a dispiegarsi, essa rileva in punto di sindacabilità delle scelte compiute dall'amministrazione aggiudicatrice e, correlativamente, di giustiziabilità delle posizioni di interesse legittimo riconosciute in capo agli operatori economici partecipanti al procedimento comparativo eventualmente lese dal non corretto esercizio del potere di valutazione.

Segnatamente, riservando al prosieguo una più compiuta determinazione di quanto si viene a dire, sembra che possa affermarsi che la perdurante incertezza in merito alla classificazione tipologica dell'attività esercitata dall'amministrazione e, in particolare, la commistione tra il potere discrezionale propriamente inteso e le valutazioni tecniche opinabili che caratterizzano l'articolazione del procedimento comparativo, non disgiunti dalle ritrosie all'utilizzo del canone di proporzionalità quale paradigma per l'amministrazione e strumento logico operativo da impiegare nella dimensione del sindacato giudiziario sull'atto

amministrativo²⁸⁶, cui fa da contraltare lo scrutinio limitato alla ragionevolezza²⁸⁷, spesso assimilabile ad una petizione di principio, piuttosto che valutata, sortiscano l'effetto di determinare una limitazione delle stesse esigenze di tutela giurisdizionale.

²⁸⁶ Sul punto, sia consentito rinviare alle osservazioni formulate da F. Trimarchi Banfi, *Canone di proporzione e test di proporzionalità*, in *Dir. proc. amm.* 2016, 2, 361 ss., ove l'autrice ripercorre i diversi orientamenti giurisprudenziali al fine di ricostruire le modalità con le quali il test di proporzionalità sia svolto dal giudice amministrativo, evidenziando gli elementi di differenziazione che le caratterizzano. Sulle caratteristiche e sull'ampiezza del sindacato di proporzionalità nell'ordinamento giuridico sovranazionale, ampi riferimenti in S. De Nitto, *A proposito della proporzionalità come criterio giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2017, 1035 ss.

²⁸⁷ Dal momento che esulerebbe dall'economia della presente indagine il ripercorrere esaustivamente l'emersione, sul piano dell'elaborazione giurisprudenziale e la successiva consacrazione del medesimo alla stregua di principio generale dell'attività amministrativa, del canone di ragionevolezza, così come lo scrutinarne i relativi caratteri intrinseci ed elementi costitutivi, come venuti ad esser declinati nell'elaborazione della dottrina pubblicistica nazionale, sia consentito, nella presente sede, limitarsi a formulare talune sommarie considerazioni di massima, finalizzate a determinare il discrimen e gli elementi di contatto sussistenti tra la ragionevolezza e la proporzionalità. Quel che si vuole porre, in particolare, in rilievo, è la considerazione per la quale ambedue i principi rivestano un duplice rilievo, apprezzandosi la relativa incidenza sia sul piano sostanziale che sul piano processuale e che, ove traggurati dalla prospettiva da prima menzionata, si caratterizzino per una sostanziale omogeneità. La ragionevolezza, nell'accezione di canone al quale conformare l'esercizio del potere amministrativo, costituisce, al pari del canone di proporzionalità, estrinsecazione dei più generali principi di imparzialità e di buon andamento dell'attività amministrativa, avente carattere assoluto— come tale destinato a non recedere laddove si ponesse in conflitto con ulteriori principi generali e, pertanto, sottratto alla regola del bilanciamento tra principi—, configurandosi del pari, come limpidamente posto in rilievo dalla più avveduta dottrina (si veda, in particolare, quanto sostenuto da F. Trimarchi Banfi, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Dir. proc. amm.* 2019, 2, 313 ss.), alla stregua di principio attinente al metodo dell'azione — in quanto tale, privo dell'attitudine al perseguimento di obiettivi sostanziali ma nondimeno ed in ragion di ciò destinato ad estendere la propria portata applicativa a qualsivoglia ambito dell'azione amministrativa, a prescindere dal contenuto del processo conoscitivo e volitivo e, per quanto di interesse per la presente indagine, tanto in relazione all'attività costituente manifestazione dell'esercizio di potere discrezionale posto, quanto in ordine alle fattispecie in cui venga in rilievo la c.d. discrezionalità tecnica— rinvenendo il proprio tratto distintivo nell'esigenza di assicurare che l'esecuzione del dettato legislativo ad opera dell'amministrazione procedente si riveli rispondente a criteri di giustizia sostanziale: un connotato, quest'ultimo, pacificamente ravvisabile, sia pur con gli inevitabili elementi differenziali conseguenti all'autonomia tra i medesimi sussistenti e, in particolare, dalla posizione dell'accento sugli effetti derivanti dall'esercizio del potere amministrativo sugli interessi pubblici secondari e privati che vengano in rilievo, anche in relazione al principio di proporzionalità considerato nell'accezione sostanziale. Assumendo quale angolo prospettico la dimensione processuale e, in particolare, la valenza assolta dal principio di ragionevolezza inteso nell'accezione di strumento per la verifica giudiziale della legittimità del provvedimento o dell'atto amministrativo, esso si indirizza alla valutazione della coerenza logica dell'attività posta in essere dai pubblici poteri in rapporto ai fini legislativamente predeterminati, ponendosi, in tale prospettiva, quale clausola generale atta a compendiare in sé, costituendone il sostrato, le figure sintomatiche dell'eccesso di potere relative all'irrazionalità ed all'illogicità manifesta, come declinate nell'elaborazione del giudice amministrativo; ovvero, laddove si aderisca alle opinioni le quali vi ravvisano un principio autonomo e, pertanto, affrancato da queste ultime, al controllo della giustificabilità, della plausibilità della ponderazione qualitativa degli interessi compresenti e dall'equilibrio tra i valori potenzialmente conflittuali, in relazione alla fattispecie concreta. In relazione ai profili dapprima richiamati, e, in particolare sia consentito rinviare, *inter alia*, a Sulla distinzione, sul piano delle tecniche di controllo della legittimità del provvedimento amministrativo, tra il canone della ragionevolezza ed il test di proporzionalità sia, ancora una volta, consentito rinviare ad A. Sandulli, *La proporzionalità*, cit., 314, ove l'autore, nel ripercorrere in prospettiva critica gli approdi della giurisprudenza amministrativa e, in particolare, la declinazione da quest'ultima operata circa gli elementi di alterità sussistenti tra lo scrutinio di ragionevolezza e quello di proporzionalità, rispettivamente inquadrati l'uno nell'ambito del sindacato di legittimità, l'altro nel giudizio di merito, osserva che: *“La ragionevolezza [...] non contempla, in sé, l'adeguatezza dell'azione. Si tratta, pertanto, di una verifica di accettabilità della decisione sotto il profilo dell'equo bilanciamento qualitativo degli interessi, sulla base del quale il sacrificio imposto ad un interesse, oppositivo o pretensivo, può essere tacciato di illegittimità soltanto nei casi in cui lo stesso si riveli palesemente irragionevole”*

Quantunque non sia questa la sede per scrutinare, nel fondamento teorico quanto nelle intime implicazioni, le linee di pensiero consolidate tanto nell'elaborazione dottrinale²⁸⁸ quanto nel panorama giurisprudenziale nazionale²⁸⁹, in relazione alla predicabilità di un sindacato sulle valutazioni tecniche riservate all'amministrazione ed alla consistenza dello scrutinio riservato al giudice amministrativo, con la prospettazione delle *species* del sindacato

²⁸⁸ Per una compiuta ricostruzione delle posizioni storicamente emerse in seno alla scienza giuridica nazionale e dell'influenza che queste ultime abbiano esercitato sul piano dell'interpretazione giudiziale, sia consentito rinviare a F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, 2011.

²⁸⁹ Per una compiuta rassegna degli approdi della giurisprudenza relativamente alla sindacabilità di scelte amministrative espressive del potere di valutazione tecnica, si vedano G. D'Angelo, *Giudice amministrativo e valutazioni tecniche dopo la L. 21 luglio 2000, n. 205*, in *Dir. amm.*, 2005, 3, 659ss., G. Sigismondi, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2015, 2, 705 ss.

*forte*²⁹⁰, *debole*²⁹¹, *intrinseco*²⁹², *estrinseco*²⁹³, *sostitutivo*²⁹⁴ e *non sostitutivo*²⁹⁵, nel prosieguo si cercherà di tener conto di tali notazioni e delle conseguenze che ciascuna rechi seco in relazione all'esigenza di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni soggettive eventualmente lese dall'illegittima, giacché *sproporzionata*, massimizzazione dei profili di rilevanza ambientale.

Si anticipa, sin d'ora, che le distinzioni da ultimo richiamate sembrerebbero ben attagliarsi alla dimensione dell'applicazione della *lex specialis*, attenendo, in particolare, al momento valutativo destinato a concludersi con l'espressione di un giudizio ad opera del seggio di gara

²⁹⁰ Tratto distintivo del sindacato intrinseco di tipo c.d. *forte* è la considerazione per la quale, nelle ipotesi in cui il controllo operato dal giudice amministrativo in relazione alla valutazione tecnica espressa nel provvedimento amministrativo, imperniato sullo scrutinio in merito alla manifestazione di giudizio espressa ed alla correttezza sostanziale della scelta del criterio di ordine tecnico, conduca alla valutazione della ricorrenza, in relazione al caso concreto, non soltanto dei vizi di logicità e di coerenza della valutazione tecnica che, in linea di principio, legittimerebbero l'adozione di una pronuncia di annullamento dell'atto impugnato, bensì dell'opinabilità dei risultati ai quali l'amministrazione sia pervenuta nell'esternazione del giudizio valutativo, legittimerebbe l'adozione di una pronuncia a contenuto demolitorio, con sostituzione della valutazione espressa dall'amministrazione precedente con la diversa ricostruzione operata dal giudice adito attraverso l'applicazione, in relazione alla fattispecie sottoposta al proprio scrutinio, delle massime d'esperienza ovvero della diversa valutazione tecnica adottabile sulla base delle risultanze dell'istruttoria condotta in sede processuale.

²⁹¹ Quest'ultimo, al pari del sindacato c.d. *forte* di cui alla precedente nota, costituisce una più specifica *species* del sindacato c.d. intrinseco. Le peculiarità del modello di sindacato sull'esercizio del potere di valutazione tecnica testé rammentato, oltre a riflettersi sulla scelta in merito alla tipologia di mezzo istruttorio che il collegio intenda utilizzare in relazione alla fattispecie concreta – e, in particolare, sulla sussistenza dei presupposti per farsi luogo alla disposizione di consulenza tecnica o di verifica – si apprezzano sul piano dei poteri decisori esercitabili, precipuamente laddove il controllo sull'adeguatezza del procedimento di applicazione delle cognizioni tecniche e sulla correttezza intrinseca del criterio tecnico prescelti conducano l'autorità giudiziaria adita a ravvisare l'inattendibilità della valutazione all'uopo espressa: ed invero, tale tipologia di scrutinio da un canto sembrerebbe destinata ad arrestarsi alle ipotesi in cui i vizi che affiggano l'esercizio del potere si palesino apprezzabili *ictu oculi*, giacché esclusivamente in relazione a tali ipotesi sembrerebbe possibile pervenire ad una pronuncia demolitoria con effetti conformativi sull'esercizio del potere amministrativo, dall'altro, anche laddove tali vizi emergano ma permangano, nondimeno, profili di opinabilità in relazione alla valutazione compiuta, la connotazione debole dello scrutinio riservato all'autorità giudiziaria precluderebbe la caducazione del provvedimento e della valutazione tecnica all'interno di esso contenuta e la relativa sostituzione con le risultanze dell'istruttoria condotta in sede processuale. Sulle conseguenze che tale tipologia di sindacato sull'atto amministrativo determini in relazione alla ricostruzione dei rapporti tra l'ambito della legittimità e del merito del provvedimento amministrativo, si vedano le conclusioni rassegnate da F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, cit. specie 200.

²⁹² Inteso nell'accezione di controllo giudiziario non limitato ai profili formali e procedurali dell'espressione del giudizio di valutazione, bensì esteso alla correttezza sostanziale, *id est* all'adeguatezza dell'applicazione delle nozioni e dei criteri tecnici che vengano in rilievo nella formulazione del giudizio ed all'attendibilità di quest'ultimo.

²⁹³ Per tale intendendosi lo scrutinio dell'atto amministrativo che miri a valutare la correttezza dell'*iter* logico-formale seguito dall'amministrazione committente in sede di espressione della valutazione tecnica, involgendo, in termini riassuntivi, il riscontro, in relazione alla fattispecie concreta, degli indici sintomatici dell'eccesso di potere e che, spostando l'attenzione sui vincoli che in capo all'amministrazione discendano dall'eventuale riscontro dell'illogicità dell'atto, *recte* della relativa motivazione, non precluderebbero a quest'ultima la possibilità di riesercitare il relativo potere attraverso l'adozione di un atto amministrativo di analogo contenuto sostanziale.

²⁹⁴ Integralmente riconducibile alla *species* indicata sub nota 127.

²⁹⁵ *Id est*, il sindacato intrinseco debole, di cui alla nota 128.

riguardante tanto l'ammissione/esclusione dei candidati, quanto l'attribuzione dei punteggi all'offerta tecnica ed all'offerta economica, nonché l'eventuale giudizio di anomalia, mentre la predeterminazione delle regole di gara, astrattamente valutata, sembrerebbe, al contrario, involgere il problema dell'ampiezza dello scrutinio di ragionevolezza e l'eventuale estendibilità di quest'ultimo sino a ricomprendervi il test sulla proporzionalità della misura all'uopo adottata.

Le ragioni dell'indugio su tali temi sembrerebbero giustificarsi al lume della considerazione per la quale il *self restraint* operato dalla giurisprudenza amministrativa, talora travalicante i limiti imposti dal riconoscimento di una riserva di amministrazione, come sembrerebbe dato arguire in linea di principio, dalla tendenza a confinare il sindacato sulle valutazioni di matrice tecnico-discrezionale entro limiti più angusti rispetto quelli caratterizzanti l'esercizio di potere discrezionale puro, circoscrivendone il perimetro alle sole ipotesi di vizio della funzione per macroscopica deviazione dal paradigma normativo, si risolvano nella potenziale impossibilità di giustiziare l'interesse pretensivo puro vantato dall'aspirante aggiudicatario.

CAPITOLO TERZO

SEZIONE PRIMA

L'INTEGRAZIONE DI CRITERI DI SOSTENIBILITÀ AMBIENTALE NELLE FASI DI DEFINIZIONE DELL'OGGETTO DEL CONTRATTO E DI AMMISSIONE DEI CONCORRENTI. LIMITI SOSTANZIALI ALL'OPERATO DELL'AMMINISTRAZIONE E OSTACOLI ALLA TUTELA PROCESSUALE.

SOMMARIO: 1. La fissazione di specifiche tecniche come strumento per il perseguimento di politiche pubbliche in materia ambientale— 1.1. Il bilanciamento tra *favor* per la tutela dell'ambiente e contendibilità del mercato delle pubbliche commesse nel disegno tracciato dal Legislatore nazionale. Della natura giuridica dell'attività commessa all'amministrazione affidante—1.2. Tecniche di formulazione e criticità connesse alla redazione delle specifiche tecniche attraverso la previsione di requisiti funzionali e prestazionali. Il ruolo delle etichettature—1.3. Prova della conformità delle soluzioni offerte alle specifiche tecniche e operatività del principio di equivalenza. 1.4. Dei limiti al sindacato del giudice amministrativo sulla previsione di specifiche tecniche e sul giudizio di equivalenza: tra self restraint e pregiudizio delle posizioni giuridiche attive dei concorrenti— 2. La previsione di requisiti speciali di qualificazione. Le certificazioni di qualità di prodotto e relative al possesso di sistemi ambientali di gestione ed audit: ricognizione della normativa sovranazionale e nazionale attualmente vigente—2.1. La suscettibilità di avvalimento delle certificazioni di qualità ambientale: tra garanzia dell'affidabilità del contraente e valorizzazione del favor participationis—2.2. La giustiziabilità dell'*interesse participationis* serbato dall'aspirante aggiudicatario e i confini del sindacato giurisdizionale in merito alla previsione di requisiti di qualificazione a connotazione ambientale.

1. La fissazione di specifiche tecniche come strumento per il perseguimento di politiche pubbliche in materia ambientale.

Delimitati dal punto di vista logico e funzionale i campi che sembrerebbero dover essere rispettivamente ascritti all'esercizio del potere discrezionale c.d. puro, il quale ultimo, sembrerebbe rinvenire nell'adozione della deliberazione di contrarre la principale se non l'unica forma di estrinsecazione²⁹⁶, ed alle manifestazioni di un'attività identificabile, limitatamente al *genere*, nell'espressione di un potere di apprezzamento e di valutazione, è ora d'uopo procederne

²⁹⁶ Potendosi, al riguardo, ascrivere all'area della discrezionalità amministrativa il provvedimento di aggiudicazione definitiva, unitamente all'esercizio del potere di non aggiudicare il contratto, secondo quanto disposto ex art. 95, co. 12, D.Lg. n. 50/2016, espressivo, sia pur in un'accezione lata, del potere di autotutela e, segnatamente, di revoca del verbale di aggiudicazione, riconosciuto in capo alle amministrazioni committenti, il quale presuppone, come noto, la sussistenza di specifici e circostanziati motivi di pubblico interesse.

a chiarirne i contorni, volgendo l'attenzione, sulla scorta dell'esegesi del dato legislativo, alla ricognizione degli spazi di intervento devoluti in capo all'amministrazione affidante nel modulare la disciplina di gara attraverso il ricorso a clausole mediatamente ispirate al perseguimento di istanze di tutela ambientale. Attività, quest'ultima, la quale postula necessariamente il procedere ad identificare la *ratio* che costituisca il fondamento delle disposizioni legislative che i predetti margini di manovra riconoscano.

L'attenzione sarà, dunque, indirizzata verso una duplice prospettiva.

Da un canto si evidenzieranno le limitazioni di carattere funzionale che l'esercizio del potere di valutazione devoluto al pubblico committente incontra, in ragione dell'immanente vigenza, nel comparto delle pubbliche commesse, del principio di concorrenza²⁹⁷ e delle ulteriori disposizioni, progressivamente assunte al ruolo di principi e criteri generali del diritto, che del primo sembrerebbero costituire se non un naturale corollario, il contraltare²⁹⁸, ponendo in rilievo i profili di problematicità che la concreta attuazione del dettato normativo sembrerebbe, quasi naturalmente, recare seco.

Dall'altro, si cercherà di operare una classificazione tipologica delle valutazioni commesse all'amministrazione committente in sede di predisposizione della disciplina speciale di gara e, di poi, al seggio di gara all'atto dell'applicazione delle regole così predeterminate, determinandone, in particolare, l'ascrizione all'una od all'altra delle categorie generali, al fine di valutare se la naturale tendenza a circoscrivere i limiti del sindacato giurisdizionale sulle

²⁹⁷ Sulla peculiare caratterizzazione della tutela della concorrenza nel settore dei pubblici affidamenti, con particolare riguardo al diverso atteggiarsi di quella in relazione al singolo procedimento comparativo- ove si ha riguardo al singolo atto di scambio come costitutivo di un mercato artificiale- ed in relazione alla generale politica degli acquisti perseguita dalle strutture pubbliche- ove, al contrario verrebbe in rilievo la funzione di correzione o regolazione dei fallimenti del mercato- si vedano le osservazioni formulate da M. Clarich, *Appalti pubblici e concorrenza*, in *Dir. amm.*, 2016, 1 e 2, 71 ss. In merito alla pervasività del principio di concorrenza in relazione alla disciplina settoriale in tema di aggiudicazione di pubbliche commesse, sia consentito richiamare l'orientamento espresso da M. D'Alberti, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 1, 2008, nonché Id, *Diritto amministrativo e principi generali*, in Id. (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, 2010, specie 77, ove si osserva che: "Una larga parte dell'attività amministrativa è ormai plasmata dal principio di concorrenza. Innanzitutto l'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni. [...] Anche prima l'amministrazione era tenuta ad aggiudicare il contratto al termine di una gara, di una competizione, ma l'interesse principale che si tutelava era il maggior risparmio per l'amministrazione [...] Ora la finalità primaria della gara è il rispetto del principio di concorrenza europea: non si può alterare il gioco concorrenziale nel mercato interno dell'Unione [...]"; sottolineandosi, del pari, la potenziale incidenza dispiegata dal principio di competenza anche sull'attività amministrativa di natura discrezionale ed autoritativa e, segnatamente, di carattere provvedimentoale.

²⁹⁸ Il riferimento corre, in particolare, ai principi di parità di trattamento tra gli offerenti ed al divieto di discriminazione in base alla nazionalità i quali, costituendo un più specifico riflesso del principio di uguaglianza, si pongono in una relazione di accentuata strumentalità rispetto all'attuazione, in relazione al concreto assetto del mercato di riferimento, di condizioni di competizione in chiave pro-concorrenziale, non potendo quest'ultimo essere compiutamente realizzato nelle ipotesi di violazione dei primi.

valutazioni all'uopo espresse dalle stazioni appaltanti o, per esse, dalle commissioni di gara, sia dogmaticamente giustificabile o se sortisca l'effetto di determinare una *deminutio* di tutela per le posizioni giuridiche attive eventualmente pregiudicate dall'illegittimo esercizio del potere valutativo.

Si è detto, in precedenza, come la valutazione delle esigenze di tutela ambientale possa, in linea di principio, caratterizzare tanto il momento *pre-giuridico* sostanziandosi nella ricognizione e selezione degli interessi compresenti, nel quale parrebbe non peregrino, richiamandosi agli approdi dell'elaborazione dottrinale più risalente, ricondurre il *merito*²⁹⁹ dell'atto amministrativo, quanto l'attività, in linea di principio riconducibile nell'alveo della *discrezionalità*, consistente nella graduazione e rispettiva ponderazione dei prefati interessi, al lume della quale determinare la tipologia contrattuale alla stipula della quale addivenire, permeando di sé l'impostazione ed il contenuto del provvedimento recante la determinazione di contrarre e l'individuazione dell'oggetto del contratto.

La rilevanza dei profili dianzi rammentati non è, tuttavia, destinata ad esaurirsi nell'ambito dell'attività interna e prodromica rispetto all'indizione della procedura comparativa, venendo ad interessare la predeterminazione della disciplina speciale di gara, con particolare riguardo alla descrizione dell'oggetto del contratto a mezzo della fissazione delle specifiche tecniche della prestazione.

Come posto in rilievo dalle istituzioni euro-unitarie nella copiosa produzione di atti di soft law che hanno preceduto³⁰⁰ od accompagnato³⁰¹ il processo di revisione e modernizzazione della disciplina di matrice eurounitaria in tema di affidamento di pubbliche

²⁹⁹ Sulla "crisi" della nozione di merito dell'atto amministrativo e, in particolare, sul progressivo abbandono della prefata categoria concettuale giustificabile alla luce dell'esigenza di riparametrare l'elaborazione originaria alle evoluzioni ordinamentali, si vedano le osservazioni di A. Romano Tassone, *Sulle vicende del concetto di merito*, in *Dir. amm.*, 2008, 513 ss. Sulla distinzione tra merito e discrezionalità, si vedano G. Coraggio, *Merito amministrativo*, in *Enc.dir.*, XXVI, Milano, 1976, nonché A. Pubusa, *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig.disc.pubbl.*, IX, Torino, 1994.

³⁰⁰ Il riferimento corre, segnatamente, al *Libro verde. Gli appalti pubblici nell'Unione Europea. Spunti di riflessione per il futuro*, di cui alla risalente Comunicazione della Commissione Europea 27 novembre 1996, n. 583, in particolare sez. v, par. VI, nonché alla successiva Comunicazione interpretativa della Commissione Europea 28 novembre 2001, n. 274, *Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici* COM (2001) 274.

³⁰¹ Si vedano, in particolare, le conclusioni rassegnate dall'esecutivo europeo nella Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, 16 luglio 2008, COM (2008) 400, *Appalti pubblici per un ambiente migliore*, nonché nel successivo *Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*.

commesse e limpidamente evidenziato nell'elaborazione giuspubblicistica³⁰², la fissazione delle specifiche tecniche sembrerebbe rappresentare un campo privilegiato per l'adesione alla prospettiva dell'internalizzazione dell'interesse ambientale all'interno del procedimento comparativo e ciò sulla scorta di un duplice ordine di considerazioni.

In linea di principio, il riconoscimento di più ampi spazi di intervento in capo all'amministrazione procedente ad opera della fonte di diritto derivato sovranazionale quanto alla definizione dell'oggetto³⁰³ del contratto ed alla descrizione delle prestazioni da aggiudicare, quale emergente dalla nozione dilatata di *specifiche tecniche*³⁰⁴, denoterebbe l'assenza di perspicui

³⁰² Si vedano, in particolare, le conclusioni rassegnate da S. Arrowsmith, *Application of the EC Treaty and Directives*, in S. Arrowsmith, P. Kunzlik, *Social and environmental policies in EC Procurement law. New directives and new directions*, Cambridge, 2009, specie 204, ove si pone in rilievo che «Many technical specifications are excluded buying decisions, resulting in a wide discretion for the procuring entity and, secondly that, even when justification of specifications is required, the Treaty, like the Directives, does not limit discretion over the level of requirements. Control over the content of specifications beyond the Treaty might possibly be derived from Article 23(2)[...] A broader interpretation might allow the courts to review social or environmental (or other features) of the specifications to determine whether they are justified in light of their impact to trade. The better view, however, is that this provision merely introduces the directives' more detailed provisions on specifications and does not impose separate obligations». In senso parzialmente conforme, sia pur mostrando riserve rispetto alla caratterizzazione, in termini generali, della distinzione tra *buying decisions* e *regulatory measures*, sottolineandosi, in particolare l'esigenza di procedere a determinare la concreta incidenza delle clausole della *lex specialis* di gara sull'assetto del mercato, vagliando la sussistenza di ragioni giustificative dell'eventuale restrizione della concorrenza, J. Hettne *Sustainable public procurement and the Single market. Is there a conflict of interest?*, in *EPPL* 2013, 8, specie 40. In chiave sostanzialmente critica, sia pur spostando l'accento sulla caratterizzazione in chiave pro-competitiva della disciplina chiamata a regolare le modalità di formulazione delle specifiche tecniche e, in termini generali, sulla necessità di procedere allo scrutinio concernente la sussistenza di un collegamento della clausola ecologicamente orientata con l'oggetto del contratto, al fine di vagliare il rispetto del canone di proporzionalità, A. Sanchez de Graells, *Public Procurement and the EU Competition rules*, Oxford, 2011, nonché, più di recente Id. *Truly competitive public procurement as Europe 2020 lever: what role for the principle of competition in moderating horizontal policies?*, in *European Public Law*, 2016, 2, 377 ss.

³⁰³ Sulla limitazione del perimetro dell'autonomia effettivamente riservato in capo alle amministrazioni committenti in ordine alla definizione delle necessità alla soddisfazione delle quali la stipulazione contrattuale sia preordinata, ampi riferimenti in A. Sanchez de Graells, *Public procurement and Eu competition rules*, cit.

³⁰⁴ Sia, al riguardo, consentito richiamare alla memoria il tenore letterale dell'All. XIII al D.Lg. n. 50/2016, integralmente riprodotto dell'all.VIII alla Dir.2014/24/UE, a mente del quale: «Ai fini del presente codice si intende per: 1) «specifiche tecniche»: a seconda del caso a) nel caso di appalti pubblici di lavori: l'insieme delle prescrizioni tecniche contenute, in particolare, nei documenti di gara, che definiscono le caratteristiche richieste di un materiale, un prodotto o una fornitura in modo che rispondano all'uso a cui sono destinati dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore; tra queste caratteristiche rientrano i livelli della prestazione ambientale e le ripercussioni sul clima, la progettazione che tenga conto di tutti i requisiti (compresa l'accessibilità per persone con disabilità) la valutazione della conformità, la proprietà d'uso, la sicurezza o le dimensioni, incluse le procedure riguardanti il sistema di garanzia della qualità, la terminologia, i simboli, il collaudo e metodi di prova, l'imballaggio, la marcatura e l'etichettatura, le istruzioni per l'uso, nonché i processi e i metodi di produzione in qualsiasi momento del ciclo di vita dei lavori. Esse comprendono altresì le norme riguardanti la progettazione e la determinazione dei costi, le condizioni di collaudo, d'ispezione e di accettazione dei lavori nonché i metodi e le tecniche di costruzione come pure ogni altra condizione tecnica che l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore può prescrivere, mediante regolamentazione generale o particolare, in relazione all'opera finita e ai materiali o alle parti che la compongono; b) nel caso di appalti pubblici di servizi o di forniture, le specifiche contenute in un documento, che definiscono le caratteristiche richieste di un prodotto o di un servizio, tra cui i livelli di qualità, i livelli di prestazione ambientale e le ripercussioni sul clima, una progettazione che tenga conto di tutte le esigenze (compresa l'accessibilità per le persone con disabilità) e la valutazione della conformità, la proprietà d'uso, l'uso del prodotto, la sicurezza o le dimensioni, compresi i requisiti applicabili al prodotto quali la denominazione di vendita, la terminologia, i simboli, il collaudo

vincoli, *recte* il riconoscimento di una sostanziale libertà di scelta in ordine alle modalità attraverso le quali addivenire alla soddisfazione dei bisogni preventivamente individuati dal committente pubblico, e la contestuale tutela dell'autonomia negoziale di quest'ultimo, potendo *naturaliter* condurre, legittimamente, alla valorizzazione delle ripercussioni ambientali dei beni e servizi costituenti l'oggetto della commessa.

Se, dunque, una tra le argomentazioni precipuamente addotte al fine di corroborare il riconoscimento di sostanziali spazi di libertà, *recte* margini di valutazione, in capo alle amministrazioni committenti in relazione alla definizione generica, dell'oggetto dell'affidanda commessa risiede nella presa d'atto dell'assenza di una specifica e capillare regolazione, ad opera della legislazione di derivazione sovranazionale, dell'attività amministrativa interna³⁰⁵, prodromica all'indizione del procedimento di valutazione comparativa, la valorizzazione dei principi di concorrenza e di proporzionalità, ove traguardati dalla prospettiva che ravvisi in essi i canoni atti a conformare l'esercizio del potere amministrativo di valutazione, sembrerebbe non senza ragione indurre a rimeditare la portata di tale assunto in relazione alle modalità di cristallizzazione dell'oggetto della prestazione nella definizione delle relative caratteristiche all'atto della formulazione delle specifiche tecniche.

Quel che si intende rimarcare, muovendo dalla rilevanza attribuita ai principi dianzi rammentati, e, segnatamente, dalla considerazione per la quale questi ultimi siano destinati a

e i metodi di prova, l'imballaggio, la marcatura e l'etichettatura, le istruzioni per l'uso, i processi e i metodi di produzione ad ogni stadio del ciclo di vita della fornitura o dei servizi, nonché le procedure di valutazione della conformità”

³⁰⁵ Particolarmente eloquente, in tale prospettiva e con precipuo riguardo all'utilizzo della contrattazione pubblica in chiave di strumento per il perseguimento di politiche in materia ambientale e sociale, la formulazione del *considerando* 95, ultimo periodo della Direttiva 2014/24/UE, il quale, nel demandare alla legislazione settoriale l'eventuale codificazione di requisiti obbligatori delle prestazioni in relazione a determinate tipologie contrattuali, sembrerebbe tradurre nell'intelaiatura della legislazione secondaria le risultanze del dibattito relativo alle modalità attraverso le quali incentivare il perseguimento degli obiettivi strategici attraverso il ricorso ai moduli consensuali quali emergenti dalla Comunicazione della Commissione Europea, 27 gennaio 2011, COM (2011)15, recante *Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, laddove l'opzione per un sistema di regolazione del mercato dei pubblici affidamenti incentrato sulla delineazione delle regole e dei meccanismi procedurali atti a consentire il perseguimento delle *secondary policies*, con correlativo riconoscimento, in capo alle amministrazioni committenti, del potere di valutazione in merito alla definizione delle caratteristiche dell'oggetto della commessa da aggiudicare, in luogo dell'etero-determinazione di caratteristiche cogenti atte a denotare l'osservanza di determinati standard di tutela ambientale, rinveniva una giustificazione nell'esigenza di garantire la flessibilità del procedimento comparativo e mantenere inalterate le possibilità di scelta riservate al pubblico committente.

non recedere³⁰⁶, *recte* a non essere ingiustificatamente compressi o compromessi³⁰⁷ dal perseguimento di istanze di sostenibilità ambientale, è che l'esercizio del potere di valutazione tecnica presupponga, in una fase che dal punto di vista logico sembrerebbe precedere la scelta del criterio attraverso il quale redigere la disciplina speciale di gara, una preventiva attività di valutazione tecnica, da condurre al lume del canone di proporzionalità, concernente il vaglio dell'idoneità, della necessità e dell'adeguatezza dei requisiti della prestazione e, in particolare, delle relative caratteristiche ambientali rispetto alla soddisfazione dell'interesse pubblico primario concretamente avuto di mira, avendo riguardo alla compressione che eventualmente derivi alla concorrenzialità del mercato delle pubbliche commesse.

In secondo luogo, muovendo dalla considerazione degli effetti di *indiretta regolazione*³⁰⁸ del mercato e della condotta degli operatori nel medesimo operanti³⁰⁹, nell'impostazione perseguita dalle istituzioni eurounitarie la modulazione della natura e delle caratteristiche delle prestazioni dedotte in contratto in una prospettiva ecologicamente orientata, si porrebbe in una relazione di strumentalità rispetto alla valorizzazione della competitività tra gli operatori economici, incentivando la conversione dei processi produttivi e le modalità di conduzione dell'attività di impresa lungo la direttrice del rafforzamento dell'innovazione e dell'attuazione di condizioni di sviluppo sostenibile attraverso la sostanziale responsabilizzazione dei privati. Un angolo prospettico, quest'ultimo, il quale sembrerebbe vedere ampliato il perimetro della rilevanza soprattutto laddove si volga lo sguardo alle suggestioni derivanti dalla teorizzazione del paradigma dell'economia circolare e dalle logiche espressive del principio di sussidiarietà dai quali quest'ultimo sembrerebbe trarre la propria linfa.

³⁰⁶ Ciò che vale, in particolare, per il principio di proporzionalità il quale, stante la relativa connotazione in termini di principio di *metodo*, si sottrae alla logica del bilanciamento con principi, pur generali, rispetto ad esso eventualmente antagonisti.

³⁰⁷ Dovendo, in tali ipotesi, la compressione imposta al principio di concorrenza costituire esercizio della giusta, in quanto proporzionata, misura di esercizio del potere.

³⁰⁸ Sull'attività di indiretta regolazione del mercato intesa quale evoluzione dei meccanismi di intervento pubblico nell'economia e riveniente la propria ragion d'essere nell'erosione della sovranità dei margini di apprezzamento riservati alle compagini statuali nazionali in relazione alla concreta configurazione delle policies economiche, anche per una sottolineatura degli effetti conseguenti all'ascrizione di una posizione di centralità degli obiettivi di sviluppo sostenibile nel contesto delle politiche di acquisto dei pubblici poteri, sia consentito rinviare a D. Capotorto, *Lo stato "consumatore" e la ricerca dei suoi principi*, in *Dir. amm.* 2021, 1, 161 ss,

³⁰⁹ Ed, in particolare, sulla valenza orientatrice assoluta dall'azione combinata dei sistemi di incentivo e dalla regolazione a carattere inibitorio, per un'acuta ricognizione della quale sia consentito rinviare a M. Cafagno,

La delicatezza delle valutazioni involgenti la predeterminazione delle caratteristiche essenziali delle prestazioni costituenti l'oggetto del contratto si apprezza precipuamente laddove si ponga l'attenzione a tre ordini di circostanze.

In primo luogo, il riconoscimento di un margine di apprezzamento considerevole- ma pur sempre perimetrato al ribasso, laddove posto in raffronto con la consistenza dell'autonomia negoziale riconoscibile nei rapporti *iure privatorum*³¹⁰- in ordine alla determinazione delle caratteristiche minime dei lavori, dei servizi o delle forniture da aggiudicare, ridondando nella costituzione di un segmento di mercato artificiale, appare potenzialmente idonea ad ingenerare effettivi distorsivi, specie laddove la caratterizzazione minuziosa dell'oggetto della prestazione dedotta in contratto sortisca l'effetto di predeterminare ex ante, parcellizzandolo, il novero degli operatori di mercato potenzialmente idonei all'affidamento della commessa.

In secondo luogo, la complessità delle valutazioni rimesse all'amministrazione aggiudicatrice quanto alla definizione e descrizione delle caratteristiche indefettibili delle prestazioni da reperire sul mercato tende a riflettersi sull'opinabilità dei giudizi commessi al seggio di gara in punto di riscontro delle prefate caratteristiche in sede di valutazione delle soluzioni tecniche e progettuali offerte dagli operatori economici, la cui assenza, come noto, determina l'esclusione del concorrente, riverberando i propri effetti sulla possibilità di sindacare in sede giurisdizionale l'illegittimo esercizio del potere valutativo.

Una considerazione, quest'ultima, la quale sembrerebbe poter essere prospettata tanto in relazione all'eventuale violazione del limite interno identificabile nell'esigenza di garantire la concorrenzialità della commessa e la parità di trattamento tra gli operatori economici, la giustiziabilità della quale sembrerebbe scontare il limite rappresentato dalla necessaria

³¹⁰ Critiche nei confronti all'impostazione tendente a costruire in chiave di antitesi la natura ed i caratteri intrinseci della posizione di autonomia privata rispetto a quelli propri della discrezionalità amministrativa, con una tendenza alla dequotazione degli spazi di reale consistenza ed autonomia giuridica del concetto di merito amministrativo in G. Poli, *Autonomia privata e discrezionalità amministrativa a confronto. La prospettiva della ragionevolezza*, in *Dir. Amm.*, 2018, 4, 863 ss., ove l'autore, muovendo dalla confutazione della sussistenza di un fondamento dogmatico della distinzione, storicamente consolidatasi nel panorama dottrinale nazionale, tra le norme di relazione e di azione come propria dei due rami del diritto comune e del pubblico, ha sostenuto che "Nel diritto pubblico, allo stesso modo che nel diritto privato, le norme che disciplinano un potere appartengono [...] alla categoria delle norme c.d. di relazione, in quanto preordinate a proteggere [...] interessi di soggetti che a esso si contrappongono. Neppure le disposizioni sul fine pubblico [...] si sottraggono a questa logica. Di conseguenza, anche il potere discrezionale, alla stregua dell'autonomia dei privati, presenta un "angolo cieco" rispetto al diritto. Una parte, non regolata dalla legge, dove il titolare del potere gode di un margine di libertà assoluta che non tollera interferenze da parte dell'autorità giudicante".

*evidenza*³¹¹ dell'effetto distorsivo dalle prime riveniente, quanto in ordine alla ripetibilità e ripercorribilità, ad opera del giudice eventualmente investito dell'impugnazione del provvedimento di esclusione, del giudizio concernente la compatibilità, *recte* la difformità della soluzione offerta in rapporto ai requisiti individuati dalle clausole del disciplinare di gara, la quale, come noto, sembrerebbe costituire un antecedente logico indefettibile al fine di consentire il pieno scrutinio delle determinazioni all'uopo assunte.

In terzo luogo, la delicatezza che affigge il segmento di attività consistente nella descrizione delle caratteristiche materiali e funzionali delle prestazioni dedotte nell'affidando contratto sembrerebbe, in linea di principio, arguibile dalla constatazione per la quale la predetta attività sia destinata a condizionare il *modus agendi* dell'amministrazione affidante nella successiva conduzione del procedimento comparativo, assurgendo, pertanto, al ruolo di limite di negativo per le autonome determinazioni dell'amministrazione committente, destinato ad assolvere la funzione di graduare, comprimendoli, i margini di valutazione alla prima riservati in punto di determinazione dei requisiti e dei criteri al vaglio dei quali ancorare la scelta del contraente e la selezione dell'offerta aggiudicataria.

Ciò che, collocandosi sul versante dell'internalizzazione delle esigenze di tutela ambientale nella definizione della *lex specialis* di gara, sembrerebbe assumere una peculiare connotazione, specie laddove si ponga mente al fatto che l'esercizio del potere valutativo rimesso all'affidante, tanto in relazione all'imposizione di requisiti speciali di qualificazione mediatamente finalizzati a saggiare la capacità tecnica dell'operatore relativamente all'adozione di misure di salvaguardia ambientale o a valorizzare l'esperienza acquisita attraverso la precedente esecuzione di contratti di appalto a basso impatto ambientale, quanto in ordine alla determinazione dei criteri di valutazione ecologicamente rinvenga un limite interno

³¹¹ Sia, al riguardo consentito richiamare, nel contesto di una pluralità di pronunce espressive di un orientamento unitario e, sostanzialmente, granitico, le conclusioni rassegnate dalla recente Tar Lazio, Roma, I, 1 aprile 2019, n. 4247, concernete l'impugnazione, ad opera del concorrente secondo graduato, del provvedimento di aggiudicazione definitiva, in cui il ricorrente aveva spiccato una pluralità di censure, talune delle quali afferenti la conformazione, ad opera della *lex specialis* di gara, delle caratteristiche minime indefettibili della prestazione ed il compimento ad opera del seggio di gara, del giudizio di valutazione sulla qualità delle offerte tecniche, ove si è posto in rilievo il fatto che: "L'elaborazione di previe "specifiche tecniche" ma anche l'attività in seguito posta in essere dall'Amministrazione per verificare il rispetto o, meglio, la conformità del prodotto offerto dalle concorrenti a quest'ultime sono caratterizzate da discrezionalità tecnica, censurabili - in quanto tali - "sotto il profilo della manifesta illogicità", della "violazione dei limiti normativi", del rispetto della "genuinità della gara" in stretta correlazione con il principio di concorrenza e di massima partecipazione alla gara, nel rispetto dell'art. 68 del codice dei contratti pubblici (cfr. C.d.S., Sez. IV, 30 maggio 2013, n. 2976), e, ancora, del travisamento palese dei fatti, del difetto di motivazione nonché dell'evidente contraddittorietà e irragionevolezza della decisione adottata dalla Stazione Appaltante, in esito alla disamina delle differenti offerte tecniche presentate."

nell'affermazione del vincolo derivante dalla necessaria pertinenza³¹² dei criteri in oggetto e delle clausole nelle quali questi siano esplicitati rispetto all'oggetto del contratto, quale precisato attraverso la definizione delle predette specifiche tecniche.

La tendenza all'affievolimento del vincolo rappresentato dalla necessaria inerenza delle clausole del bando e del disciplinare mediamente ispirate a finalità di protezione ambientale rispetto al concreto oggetto *-recte* l'allontanamento di quest'ultimo dalle caratteristiche intrinseche o materiali della prestazione³¹³- la quale aveva rappresentato il criterio al lume del quale vagliare la legittimità delle soluzioni prescelte all'amministrazione aggiudicatrice imporrà di valutarne le implicazioni sul concreto agire delle amministrazioni committenti, onde saggiare se esso sia suscettibile di determinare un reale incremento dei margini di valutazione a quelle commessi e, collocandosi sul versante della tutela degli operatori economici, se l'esigenza di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale possa essere adeguatamente soddisfatta attraverso l'ampliamento del sindacato del giudice amministrativo dalla valutazione circa la *ragionevolezza* allo scrutinio in merito alla *proporzionalità* della clausola della *lex specialis* di gara.

Quest'ultimo, invero, per quanto oggetto di enunciazioni da parte del giudice amministrativo, sembrerebbe, in realtà arrestarsi al ruolo di elemento teso a corroborare formalmente l'argomentazione e ma non svolto nei rispettivi test e gradi in cui

³¹² Valga, per tutte, il rimando alle osservazioni formulate da Tar Puglia, Lecce, III, 6 ottobre 2009, n. 2247, integralmente confermata da Cons. Stato, V, 2 agosto 2010, n. 5069, relativa all'impugnazione del bando di gara per l'affidamento di un appalto di servizi di efficientamento degli impianti di manutenzione, nella parte in cui prevedeva il possesso della certificazione ISO 140001 tra i requisiti di capacità tecnica dell'operatore economico, in cui il giudice adito ha rimarcato che: *"Le amministrazioni possono richiedere alle imprese requisiti di partecipazione ad una gara d'appalto più rigorosi e restrittivi di quelli minimi stabiliti dalla legge, purché però tali ulteriori prescrizioni si rivelino rispettose dei principi di proporzionalità e adeguatezza e siano giustificate da specifiche esigenze imposte dal peculiare oggetto dell'appalto: il requisito relativo alla certificazione ISO 14001 previsto nel caso in esame, dunque, risultava illegittimo appunto perché non ragionevolmente calibrato con riferimento alle caratteristiche di un appalto rispetto al quale, come scritto, il profilo della tutela ambientale non era presente in modo particolarmente significativo. Questo è tanto più esatto ove si tenga conto che l'art. 44 del d.lgs. n.163 del 2006 prevede che le stazioni appaltanti possano richiedere l'indicazione delle misure di gestione ambientale che l'operatore potrà applicare durante l'esecuzione del contratto "unicamente nei casi appropriati" [...]. Anche a voler ritenere che, in attesa del regolamento, la stazione appaltante possa richiedere specifiche attestazioni circa le misure di gestione ambientale che l'operatore potrà applicare, è indubbio che la richiesta deve essere appropriata e che della appropriatezza deve essere data adeguata giustificazione.*

³¹³ Aspetto, quest'ultimo, invero già colto, sia pur non esplicitato ma incluso tra le maglie del relativo percorso argomentativo, dagli approdi ai quali la giurisprudenza sovranazionale era pervenuta nel vigore delle precedenti direttive in materia di pubbliche commesse, come sembrerebbe chiaramente emergere dal corredo motivazionale a Corte di Giustizia, Terza sezione, sentenza 10 maggio 2012, in causa C-368/10, *Commissione europea contro Regno dei Paesi Bassi*, richiamata nella sezione introduttiva del presente lavoro e relativa alla ricomprensione, tra le specifiche tecniche della prestazione dedotta in contratto, di considerazioni relative alle specifiche modalità di produzione ed alle condizioni di lavoro inerenti ai beni oggetto di fornitura.

tradizionalmente si articola, arrestandosi, generalmente allo scrutinio concernente la sola *idoneità* della scelta compiuta.

La sostanziale omogeneità della precedente e dell'attuale disciplina legislativa, così come la natura e la consistenza tendenzialmente analoghe delle problematiche alle medesime sottese inducono a propendere per una trattazione unitaria, procedendosi, in limine, ad evidenziare gli eventuali elementi di innovatività potenzialmente idonei a comportare una diversa ricostruzione dei termini del problema e delle soluzioni all'uopo prospettabili a legislazione invariata.

1.1. Il bilanciamento tra favor per la tutela dell'ambiente e contendibilità del mercato delle pubbliche commesse nel disegno tracciato dal Legislatore nazionale. Della natura giuridica dell'attività commessa all'amministrazione affidante.

La compiuta comprensione dei confini dell'apprezzamento rimesso alle amministrazioni committenti in relazione all'esplicitazione delle specifiche tecniche postula il ripercorrere, l'impianto della disciplina codicistica, prendendo le mosse dall'esegesi delle disposizioni di cui agli artt. 68³¹⁴ e 69³¹⁵, D.Lg. n. 50/2016, le quali, oltre a caratterizzarsi per una spiccata fedeltà al tenore letterale, prima ancora che al contenuto sostanziale, delle conferenti previsioni di derivazione sovranazionale, sembrerebbero porsi in linea di sostanziale continuità con la disposizione di cui all'art.68³¹⁶ del previgente codice dei contratti pubblici e ciò con particolare riguardo alla modulazione delle caratteristiche tecniche in prospettiva ecologicamente orientata.

Dal tenore letterale delle disposizioni dianzi menzionate, costituenti una più specifica proiezione della disposizione di principio riveniente dall'art. 30, commi primo e secondo dell'attuale codice dei contratti pubblici, sembrerebbe emergere che *l'intentio legislatoris*, nel

³¹⁴ Destinato a disciplinare le modalità di inserzione delle specifiche tecniche all'interno della *lex specialis* di gara.

³¹⁵ Relativo al riconoscimento del valore probatorio della conformità alle caratteristiche individuate dal bando, dal disciplinare e dal capitolato di gara in relazione alle specifiche tecniche, ai criteri di valutazione delle offerte ed alle condizioni relative all'esecuzione del contratto, dei prodotti muniti di eco-etichettatura.

³¹⁶ Se si eccettua il fatto che il previgente art. 68 compendiasse nel contesto della medesima disposizione la possibilità di riferimenti della *lex specialis* di gara a sistemi di etichettatura ambientale, con contestuale riconoscimento della valenza probatoria della rispondenza della soluzione tecnico-progettuale offerta rispetto alle caratteristiche individuate dal bando o dal disciplinare delle attestazioni relative al possesso del marchio di qualità.

riflettere la ponderazione attribuita alle esigenze di garanzia dell'assetto concorrenziale del mercato dei pubblici affidamenti, parità di trattamento e non discriminazione tra i potenziali offerenti da un canto e la necessità di consentire al pubblico committente di determinare liberamente, nell'esercizio del potere, le caratteristiche delle prestazioni costituenti l'oggetto dello stipulando negozio, dall'altro, si sostanzia nell'ascrizione di una posizione di centralità alle istanze del primo tipo, con l'effetto di frapporre temperamenti alla sostanziale libertà³¹⁷ in capo quest'ultimo riconosciuta.

Se tali notazioni, sostanziandosi, in particolare, nell'affermazione della strumentalità e della funzionalità della disciplina di diritto interno concernente la conformazione delle specifiche tecniche ad esigenze di tutela della concorrenza e di trasparenza³¹⁸ dell'operato dell'amministrazione committente, palesandosi, per le ragioni dianzi ricordate, idonea a circoscrivere l'ambito di esplicazione delle libere scelte dell'amministrazione, potevano essere ritenute pacificamente riferibili al previgente assetto regolatorio, specie ove considerato nella propria globalità, a conclusioni non dissimili sembrerebbe doversi pervenire laddove si volga l'attenzione all'innovativa disposizione di cui al comma primo dell'attuale art. 68.

È noto, al riguardo, come la disposizione testé rammentata, ricalcando tanto nella formulazione letterale, quanto sul piano del contenuto precettivo, il dettato di cui all'art. 42, par. 1, Dir. 2014/24/UE, innovi la previgente disciplina istituendo una relazione di consequenzialità tra la considerazione globale e preventiva, delle ripercussioni sulle risorse ambientali delle lavorazioni, delle opere o dei servizi da acquisire sul mercato avendo riguardo al più ampio orizzonte temporale rappresentato dal ciclo di vita³¹⁹ e l'ampliamento del

³¹⁷ Sulla disciplina in materia di specifiche tecniche intesa quale limite all'autonomia negoziale dell'amministrazione committente, S. Vinti, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008, 253 ss.

³¹⁸ Come testimonia, in particolare, la prescrizione normativa dianzi rammentata, nella parte in cui onera le amministrazioni committenti di indicare compiutamente nella *lex specialis* di gara il contenuto delle specifiche tecniche. Sui vincoli incombenti in capo alla commissione di gara in relazione alla eventuale chiarificazione di clausole della *lex specialis* ambigue od oscure, si vedano le conclusioni rassegnate da Cons Stato, V, 23 settembre 2015, n.4441

³¹⁹ Secondo la definizione rinvenibile ex art. 3, comma primo, lett. iii), D.Lg. n. 50/2016 e, in particolare, cristallizzato come "tutte le fasi consecutive o interconnesse, compresi la ricerca e lo sviluppo da realizzare, la produzione, gli scambi e le relative condizioni, il trasporto, l'utilizzazione e la manutenzione, della vita del prodotto o del lavoro o della prestazione del servizio, dall'acquisizione della materia prima o dalla generazione delle risorse fino allo smaltimento, allo smantellamento e alla fine del servizio o all'utilizzazione".

perimetro delle valutazioni riservate al committente pubblico in punto determinazione delle specifiche tecniche delle prestazioni nel procedimento di valutazione comparativa.

La potenziale dilatazione degli spazi di libertà riconosciuti in capo all'amministrazione committente, inferibile dall'estensione del concetto di *specificata tecnica*, quale nozione omnicomprensiva, tale da ricomprendere non soltanto le caratteristiche strutturali e funzionali relative all'*opus* inteso nella propria materialità– idonee a riverberare effetti sulle modalità di esecuzione della commessa–bensì ad involgere le fasi collocate a *monte* dell'esecuzione –destinate a permanere all'esterno del procedimento comparativo– rinviene un non trascurabile temperamento nell'estensione, *in parte qua*, del criterio della pertinenza dei requisiti individuati in rapporto alle caratteristiche oggettive e funzionali della commessa da aggiudicare nel genere e dall'esplicita connessione tra il riconoscimento della legittimità del requisito della prestazione determinato ed il giudizio in merito alla proporzionalità del medesimo in rapporto al valore ed agli obiettivi della commessa da aggiudicare.

Ne deriva una riproposizione, sul piano ordinamentale interno, delle acquisizioni dell'elaborazione pretoria sovranazionale, successivamente trasfuse nel diritto primario e secondario che hanno caratterizzato la parabola evolutiva delle tecniche di tutela del bene ambientale. Ponendo la questione in termini diversi, sembra emergere che la pur consentita valorizzazione del bene ambientale, rivenendo un indiscutibile antecedente e presupposto giustificativo nella relativa collocazione all'interno del quadro del diritto primario sovranazionale e, segnatamente, nella ricomprensione nel novero *motivi imperativi di interesse generale*³²⁰, in ragion di ciò destinata, al ricorrere delle condizioni normativamente previste³²¹, ad incidere, assumendo di una conseguenza posizione prevalente, sul bene della concorrenza, incontri il limite rappresentato dal riscontro, in relazione alla fattispecie concreta,

³²⁰ I quali, come noto, costituiscono deroghe espresse ai principi generali di libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi, legittimando, in particolare l'adozione di misure nazionali restrittive distintamente od indistintamente applicabili purché conformi al principio di proporzionalità e comprendono, accanto alle esigenze di tutela ambientale, le istanze di tutela della salute pubblica, di ordine pubblico, di protezione dei diritti e delle situazioni soggettive dei consumatori, la protezione dell'ambiente urbano e dell'assetto territoriale, la moralità pubblica. Sul punto, sia consentito rinviare alle osservazioni formulate da G. Tesauro, *Diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2014 ed alla più recente manualistica di diritto euro-unitario.

³²¹ E, in particolare, la conformità della misura eventualmente adottata rispetto al canone di proporzionalità.

dell'idoneità³²², della necessarietà³²³ e dell'adeguatezza³²⁴ della misura amministrativa a tal uopo adottata, *id est* della plausibile giustificabilità della lesione del bene della concorrenza, in quanto limitata alla misura minima possibile.

Se la conseguenza percepibile dell'impostazione prescelta dal Legislatore eurounitario e, riproposta sul piano ordinamentale nazionale sembra risiedere nel potenziale affievolimento dell'incisività della posizione rivestita dalle amministrazioni nazionali in relazione a tale forma di intervento nell'attività economica, gli interrogativi che questa sottende sembrerebbero, cionondimeno, involgere in misura significativa la valutazione in merito alla consistenza ed all'effettività dei vincoli che dalla prima discendano in relazione al concreto operare dell'amministrazione.

La circostanza per la quale le esigenze di tutela ambientale assurgano al ruolo di interesse pubblico caratterizzato dal riconoscimento di un elevato grado di tutela, stante la connotazione in termini di interesse sensibile³²⁵, impone di interrogarsi sulla natura del potere esercitato dall'amministrazione in relazione alla caratterizzazione dell'oggetto del contratto.

³²²Il requisito dell'idoneità, nel quale si compendia il concetto di *Geeignetheit* come elaborato dalla giurisprudenza amministrativa tedesca, costituendo il primo stadio nel quale si articola il percorso logico che, sul piano sostanziale, conduce all'adozione della decisione amministrativa, implica il giudizio prognostico, da parte dell'amministrazione procedente, volto a considerare se il mezzo giuridico astrattamente prescelto in relazione alla fattispecie concreta sia potenzialmente suscettibile di far conseguire il risultato atteso, *recte* di attuare in concreto la funzione commessa alla singola struttura amministrativa.

³²³ Il parametro della necessarietà, che traduce la componente costitutiva dell'*Erforderlichkeit* di matrice tedesca, costituisce il secondo stadio del prefato percorso logico-argomentativo, implicando, all'esito della scelta dello strumento idoneo, la preventiva selezione, ad opera dell'amministrazione contraente, delle scelte alternative astrattamente prospettabili che consentano di realizzare la finalità concretamente avuta di mira, considerate in rapporto alla pluralità di interessi pubblici e privati che vengano in rilievo nel concreto episodio di esercizio del potere, optando per le soluzioni che consentano di massimizzare l'interesse pubblico primario non pregiudicando oltremodo gli interessi con esso confliggenti, secondo la c.d. regola del mezzo più mite.

³²⁴ La proporzionalità in senso stretto, che traspone il parametro della *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne* di ascendenza tedesca, rappresenta il c.d. terzo gradino nel quale si articolano il processo logico di adozione della decisione amministrativa e di controllo giudiziale sul corretto esercizio del potere discrezionale ad opera dell'amministrazione procedente e si sostanzia nel bilanciamento quantitativo degli interessi compresenti, come individuati in sede di espressione della valutazione in merito alla necessarietà della soluzione prescelta, ponendo in capo all'amministrazione l'obbligo di addivenire alla scelta della misura la quale, in relazione al caso concreto, arrechi il minor sacrificio possibile agli interessi compresenti per come rispettivamente ponderati nella relativa essenza, con la conseguenza che la scelta amministrativa, per superare il vaglio della legittimità debba rivelarsi, altresì, la meno restrittiva per gli interessi da quest'ultima incisi.

³²⁵ Sulla parabola evolutiva dell'emersione dell'interesse ambientale e sulle evoluzioni che ne hanno caratterizzato le relative tecniche di tutela, con particolare riguardo all'affermazione delle tendenze al bilanciamento dell'interesse considerato con la trama degli ulteriori interessi pubblici, R. Leonardi, *La tutela dell'interesse ambientale tra procedimenti, dissensi e silenzi*, Torino, 2020.

Ciò che si rivela imprescindibile al fine di determinare se sussistano dei vincoli alla valutazione giudiziale concernente la legittimità delle clausole del disciplinare di gara o del capitolato recanti specifiche tecniche mediatemente conformate a considerazioni ambientali e precipuamente laddove queste ultime involgano considerazioni in merito al metodo di produzione del bene oggetto del contratto di appalto.

Sebbene il potere riconosciuto in capo alle amministrazioni aggiudicatrici sia, generalmente, considerato quale espressivo di una potestà di apprezzamento degli interessi pubblici compresenti, sostanziandosi, nel contemperamento tra le esigenze di tutela ambientale e di ampliamento del confronto competitivo tra gli operatori del mercato di riferimento, sembrerebbe, al riguardo, da escludersi che a tali conclusioni possa giungersi con riguardo alla determinazione delle specifiche tecniche della prestazione.

Collocandosi in tale ordine di idee, sembrerebbe non peregrino l'affermare che, in relazione alle valutazioni de quibus, non venga in rilievo l'attività amministrativa come volta al bilanciamento tra contrapposti interessi pubblici.

Quest'ultima, infatti, sembrerebbe destinata ad esaurirsi nel momento antecedente alla specificazione della *lex* di gara, in particolare arrestandosi a quell'attività interna finalizzata alla determinazione dei bisogni da soddisfare attraverso l'aggiudicazione della commessa e destinata ad incidere sulla generica individuazione del tipo negoziale da stipulare, rifluendo la ponderazione attribuita agli interessi compresenti nell'esternazione dei motivi di interesse pubblico sottesi alla scelta negoziale.

La determinazione, *recte* la specificazione del contenuto contrattuale, al contrario, sembrerebbe pacificamente sostanziarsi nell'esercizio di un potere di valutazione tecnica, che si estinse, nell'accertamento delle condizioni di fatto e nella determinazione degli accorgimenti di ordine tecnico³²⁶- tra i quali includere le regole tecniche imperniate sulla

³²⁶ Sulla nozione di "tecnica" rilevante nella dimensione giuridica, restano fondamentali le osservazioni formulate da C. Marzuoli nel risalente ma, nondimeno, di perdurante interesse lavoro monografico dedicato al *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1982, 193 e 196 "In via di prima approssimazione, può assumersi per tale quell'insieme di cognizioni che, in virtù di riprove logiche o sperimentali, sono specificamente utili per conoscere un certo fenomeno [...] Non esiste una specifica definizione giuridica di ciò che è da assumere per tecnica; di conseguenza è necessario prendere in considerazione il piano sostanziale e ciò significa che, seppure attraverso una sorta di rinvio, quella nozione di tecnica che è propria dell'ordine sostanziale corrisponde anche alla nozione di tecnica secondo il diritto. Ma se questo è vero, e se è vero, in particolare che la suddetta nozione di tecnica[...] consiste nel valore conoscitivo di un certo elemento, allora diviene contraddittorio non tanto escludere che tutto ciò che ha valore conoscitivo sia tecnica, quanto pretendere di discriminare, nell'ambito di ciò che ha valore conoscitivo, quel che rileva come tecnica da quel che non rileva come tale in base a profili concernenti le caratteristiche con cui si presenta il valore conoscitivo sul piano sostanziale, il che è, invece, ciò che si fa quando si separano le scienze esatte dalle altre, oppure i giudizi tecnici dai giudizi di valore". Sulla relazione

valorizzazione dei profili di rilevanza ambientale- i quali consentano di perseguire l'obiettivo della razionale ed efficiente esecuzione della commessa.

Resta da comprendere se tale potestà risulti o meno condizionata da una valutazione concernente l'interesse pubblico³²⁷, sebbene resti alla prima estranea, e quali siano le conseguenze che il predetto condizionamento sortisca sul piano della giustiziabilità della determinazione così assunta, scrutinando, in particolare, se siano estensibili alla fattispecie *de qua* i più maturi frutti di quella tradizione che, partire dall'insegnamento del Cammeo, si era indirizzata verso la determinazione dei caratteri intrinseci della categoria concettuale della discrezionalità tecnica³²⁸.

intercorrente tra la tecnica e l'esercizio del potere, sia consentito richiamare le osservazioni di F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir.proc.amm.*, 1983,

³²⁷ Relazione, quella intercorrente tra pubblico interesse e momento di esercizio del potere discrezionale la cui compiuta ricostruzione aveva costituito l'oggetto degli sforzi profusi dall'elaborazione dogmatica, anche in epoca precedente a quella alla quale ci si riferisce nel testo, allorché l'indagine verteva sui contenuti e sull'essenza della discrezionalità pura. Per un'ampia ricognizione delle teoriche all'uopo sviluppatesi e per un'efficace confutazione dei presupposti sui quali ciascuna di esse si fondava, sia consentito rinviare a M.S. Giannini, *Il potere discrezionale*, cit., 45 ss., ove l'autore, con particolare riguardo alla questione da ultimo richiamata, tracciava una distinzione relativa al rapporto sussistente tra l'interesse pubblico e l'attività amministrativa, anche discrezionale- in ordine al quale il primo sarebbe stato configurabile alla stregua di fine astratto dell'attività- ed al legame intercorrente tra il medesimo pubblico interesse e l'atto amministrativo discrezionale, laddove il primo, ponendosi come motivo giuridicamente rilevante del secondo, "è insieme vincolo e limite e scopo".

³²⁸ Dal momento che una capillare ricostruzione delle ricostruzioni dogmatiche elaborate dall'Autore esulerebbe dall'economia della presente indagine, occorrerà, nella presente sede, limitarsi a svolgere talune considerazioni di massima, tese ad individuare, sia pur sinteticamente ed in maniera necessariamente sommaria ed incompleta, l'incidenza che tali riflessioni abbiano rivestito in relazione allo sviluppo delle discussioni in merito alla nozione di discrezionalità tecnica in seno alla scienza giuridica nazionale. È noto, al riguardo, il fatto che la scienza del diritto pubblico nazionale, nel periodo a cavaliere tra il volgere al termine del XIX secolo ed il primo ventennio del secolo successivo, si fosse sostanzialmente disinteressata delle problematiche involgenti la ricostruzione dogmatica del potere amministrativo e, correlativamente, degli attributi propri dell'attività posta in essere dai pubblici poteri nell'esercizio di quello, in tal guisa discostandosi significativamente dagli approdi della dottrina pubblicistica tedesca, mostratisi, di contro particolarmente sensibile al tema della definizione dei caratteri intrinseci della discrezionalità amministrativa, sostanzialmente modulati sui profili concernenti il margine riservato all'amministrazione nella conduzione dell'attività di completamento soggettivo del dettato normativo e tradottisi nell'elaborazione delle teoriche dell'*apprezzamento amministrativo (Ermessen)* e dell'*apprezzamento legato (Gebundenes Ermessen)*, nelle quali sembrerebbe non peregrino il ravvisare un prodromo delle elaborazioni concettuali consolidate nel panorama dottrinale italiano successivo in tema di discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica. Il recepimento delle suggestioni rivenienti dall'esperienza tedesca e, in particolare, delle riflessioni relative allo studio della norma attributiva del potere e dal carattere rigido od elastico di quest'ultimo, nonché dalla correlativa formulazione della teorica sui concetti giuridici indeterminati, ha determinato, nel panorama giuridico nazionale, soprattutto agli albori del secolo Ventesimo, l'emersione dell'interesse- sia pur in via indiretta e, segnatamente, attraverso la mediazione della determinazione del carattere e della natura della norma- verso lo studio e la categorizzazione dell'attività amministrativa, dischiudendo la via alla teorizzazione del concetto di discrezionalità tecnica. Per un'organica confutazione della teoria della norma imprecisa e per la posizione dell'accento sugli elementi di debolezza affiggenti la nozione di *apprezzamento come completamento soggettivo della norma* ad opera dell'autorità amministrativa, con particolare riguardo alle elaborazioni concettuali di Jellinek, Laun, Laband e Henrict, sia consentito rinviare alle risalenti ma, nondimeno, di perdurante interesse osservazioni formulate da M.S. Giannini, *Il potere discrezionale*, cit., specie cap. I, 34 ss., quanto al primo profilo, e cap. II, 66 ss., relativamente al secondo aspetto da ultimo richiamato.

È noto come nell'elaborazione concettuale inaugurata dall'illustre autore³²⁹ la sussistenza di profili di commistione tra il momento valutativo e, in particolare, l'attività di accertamento dei presupposti delineati dalla norma attributiva³³⁰ del potere, ed il carattere funzionale

È nel contesto del parziale trapianto delle acquisizioni della scienza del diritto pubblico tedesco nel panorama nazionale- parziale, giacché limitato alla trasposizione sul piano dell'elaborazione dottrinale nazionale del fondamento dogmatico del concetto ma non delle conseguenze da quello sortite sul piano della delimitazione dei confini del sindacato riservato all'autorità giudiziaria, le quali ultime sembrerebbero costituire il portato essenziale del consolidamento degli indirizzi interpretativi formulati nel contesto mitteleuropeo- che si colloca l'ormai risalente monografia del Cammeo, intitolata a *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur.it.*, 1902, III, in cui l'autore, muovendo da distinzioni incentrate sulle caratteristiche della norma attributiva del potere amministrativo, distingueva tre species di attività: l'attività vincolata, caratterizzata dalla presenza di una norma attributiva del potere *precisa*; l'attività discrezionale pura atta a dispiegarsi in un ambito libero, fondata sulla presenza di una norma *indeterminata* e l'attività discrezionale tecnica, caratterizzata dalla presenza di una norma *imprecisa*, l'attuazione della quale, ad opera dell'autorità amministrativa, si sarebbe, nondimeno risolta nell'accertamento di questioni di fatto genericamente individuate dalla norma attributiva del potere, come tali idonee a consentire la sindacabilità dell'atto amministrativo in sede di giurisdizione di legittimità e segnando, pertanto, una netta cesura tra la discrezionalità amministrativa e la discrezionalità tecnica. Nel successivo *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, 1911, la linea di demarcazione tra le due species di attività discrezionale appare decisamente più sfumata: se la discrezionalità tecnica viene ad essere inquadrata nel novero delle valutazioni operate sulla base di criteri tecnici, il riferimento all'interesse pubblico, *recte* all'interesse specifico dell'amministrazione, quale termine della relazione al lume della quale pervenire all'accertamento dei fatti complessi, *recte* dei fatti costituenti esercizio della discrezionalità tecnica, si riflette sul trattamento giuridico di questi ultimi, con la conseguenza di predicare la sostanziale insindacabilità della valutazione all'uopo compiuta. Semplificando all'estremo, potrebbe dirsi che, nell'elaborazione concettuale propugnata dall'autore, la distinzione dell'ambito di operatività della discrezionalità tecnica dall'area ascrivibile al merito dell'atto e dell'azione amministrativa, non determinasse, cionondimeno, una netta separazione tra la prima e le manifestazioni dell'esercizio del potere discrezionale puro. Su posizioni sostanzialmente analoghe rispetto a quelle assunte dal Cammeo nella seconda versione della propria teoria della discrezionalità tecnica, si collocano le teorizzazioni formulate dal Ranalletti nei *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912: se nella ricostruzione elaborata dall'autore da ultimo richiamato, l'abbandono della teoria della norma imprecisa si rifletteva sullo spostamento dell'angolo prospettico dalla caratterizzazione della norma al profilo del potere amministrativo e, segnatamente, alla definizione della discrezionalità come attributo del potere riservato all'amministrazione, ciò non sortiva, tuttavia, l'effetto di determinare l'affrancamento della nozione di discrezionalità tecnica dal concetto di discrezionalità pura. Segnatamente, benché quest'ultimo, nell'opzione ricostruttiva accolta dall'autore, indubbiamente rinvenisse un proprio tratto distintivo nell'attività di ponderazione di pubblici interessi- inaugurando quell'indirizzo interpretativo che nella monografia del Giannini, richiamata *supra*, avrebbe rinvenuto i più maturi frutti- tale valutazione non era ritenuta estranea alle fattispecie relativamente alle quali il margine di apprezzamento soggettivo riconosciuto in capo ai pubblici poteri si rivelasse connesso all'applicazione di criteri e cognizioni tecnico-scientifici, con la conseguenza di negare l'autonomia concettuale della discrezionalità tecnica, intesa, al contrario, alla stregua di un peculiare modo di essere dell'attività discrezionale, come tale destinata a soggiacere alle limitazioni alla sindacabilità degli atti amministrativi che ne costituissero modo di esercizio giustificate in ragione dell'impenetrabilità, da parte del giudice amministrativo, dei profili di *opportunità* mediamente correlati all'attività di valutazione del pubblico interesse.

Per una compiuta ricostruzione in chiave storica delle posizioni emerse in seno alla scienza giuridica italiana a partire dal primo decennio del secolo XX, si veda G. Pelagatti, *Valutazioni tecniche dell'amministrazione pubblica e sindacato giudiziario. Un'analisi critica dei recenti sviluppi della dottrina giurispubblicistica*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 1, 1992, 158 ss.

³²⁹ Per un'articolata ricostruzione delle due posizioni emergenti nell'opera dell'autore e, segnatamente, la prima imperniata sul riconoscimento della piena sindacabilità degli atti costituenti esercizio della discrezionalità tecnica giacché assimilabili a modi di esercizio di un potere vincolato, la seconda, di contro, tendente ad elidere gli elementi differenziali sussistenti tra l'esercizio del potere amministrativo discrezionale puro e l'attività fondata su apprezzamenti tecnici complessi, assimilati, in altri termini, dal riferimento all'interesse pubblico alla stregua di parametro al lume del quale condurre il concreto esercizio del detto potere, si vedano le osservazioni formulate da C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1982, specie 7 ss.

³³⁰ Norma attributiva del potere in particolare qualificabile, secondo l'impostazione del Cammeo, quale norma imprecisa, *id est* tale da commettere in capo all'amministrazione il riconoscimento di un margine valutativo in ordine

dell'attività esercitata dall'amministrazione, destinato, in virtù della propria stessa natura, a comportare l'apprezzamento degli interessi pubblici determinasse, quale precipua e più significativa conseguenza, la sostanziale insindacabilità delle scelte operate dall'amministrazione³³¹.

Sebbene nell'elaborazione dogmatica successiva³³² l'idea della commistione tra esercizio di potere discrezionale puro e attività di accertamento od apprezzamento da condurre al lume

all'attività di apprezzamento dei fatti, pur in presenza di una norma regolatrice ed idonea, da un canto, a segnare lo spartiacque tra l'ambito dell'attività vincolata ed il perimetro dell'agire discrezionale, dall'altro ad accomunare, tuttavia, sul piano del sindacato giurisdizionale, l'attività di matrice discrezionale-tecnica e la discrezionalità pura.

³³¹ Sul punto, sia consentito rinviare alle conclusioni rassegnate da C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni*, cit.17, laddove l'autore rinviene una ragione giustificativa della *possibilità della insindacabilità* della discrezionalità tecnica e, dunque, dell'equiparazione del trattamento giuridico, limitatamente ai profili involgenti la consistenza e la penetrazione del sindacato giurisdizionale, di quest'ultima rispetto alla discrezionalità amministrativa, quale enunciata dal Cammeo nello scritto del 1910, nella tipizzazione della categoria concettuale dapprima richiamata alla stregua di una valutazione riservata all'esclusiva competenza dell'amministrazione.

³³² Sebbene non manchino alcuni spunti in tal senso in opere coeve, a partire dal fondamentale scritto di E. Presutti, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur.it.*, 1910, nonché, il successivo lavoro monografico intitolato ai *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911, specie capo III, laddove l'autore, nel procedere all'enucleazione del concetto di discrezionalità tecnica ed alla susseguente determinazione del regime giuridico-processuale a questa riferibile, ha confutato l'assunto dal quale la tesi del Cammeo traeva alimento e, in particolare, negato l'incidenza del pubblico interesse sul concreto esercizio della valutazione sui fatti complessi espressivi di discrezionalità tecnica. Sia, al riguardo, consentito riportate quanto osservato dall'autore, 52 e 53 "*Il Cammeo, a proposito della discrezionalità tecnica, dice che talvolta la norma giuridica riconnette il sorgere di determinati effetti giuridici a fatti semplici, talvolta a fatti eminentemente complessi [...] Quando si tratti di fatti complessi, che l'autorità amministrativa dovrebbe apprezzare in relazione all'interesse specifico della pubblica amministrazione, si avrebbe [...] discrezionalità tecnica. Tale criterio di distinzione non mi persuade. Se si prende il secondo elemento [...] cesserebbe ogni ragione di distinguere la discrezionalità pura da quella tecnica. Nel caso tipico di discrezionalità pura [...] le circostanze di fatto debbono essere apprezzate in relazione all'interesse pubblico da tutelare per decidere se sia o meno conveniente emanare l'atto. Questa valutazione [...] non impedisce che l'atto sia discrezionale di discrezionalità pura, non già tecnica. Il che vuol dire che in altro [...] sta il criterio di distinzione [...] e cioè, che nell'un caso per giudicare della conformità dell'atto manca [...] il termine di confronto, tacendo la norma giuridica, mentre nell'altro caso il termine di confronto vi è, ma è interdetto al giudice farlo nei punti, in cui ha luogo discrezionalità tecnica*".

In particolare, nell'enucleare l'irriducibilità della discrezionalità tecnica nel contesto della categoria concettuale della discrezionalità amministrativa, spostando l'accento dalla caratterizzazione della norma attributiva del potere (*id est* dalla summa divisio tra norme *precise* ed *imprecise*) che continuava ad essere, nondimeno, presupposta, alla determinazione della natura e della consistenza dei fatti, descritti o richiamati dalla norma, produttivi degli effetti giuridici, l'autore riconduceva la discrezionalità tecnica nel perimetro delle manifestazioni dell'attività di giudizio, caratterizzata da opinabilità, da svolgersi in relazione alla determinazione della misura e della consistenza in cui determinati attributi la cui sussistenza si rivelasse indefettibile al fine della produzione degli effetti delineati dalla norma. Segnatamente, secondo la ricostruzione prospettata dall'autore, l'esercizio della discrezionalità tecnica si sarebbe rivelato configurabile allorquando, 54 e 55 "*le norme giuridiche ricollegano il sorgere di determinati effetti da fatti di natura tale, che [...] qualora sussistano, si presentino in misura infinitamente varia, mentre le norme non determinano il grado, la misura in cui debbono presentarsi, perché si abbia l'effetto giuridico da esse contemplato [...] Quando il lavoro logico di applicazione della norma al fatto porta o, meglio, può portare ad un giudizio recisamente affermativo o negativo circa la sussistenza del carattere, della qualità, dell'attributo cui quella norma riconnette il sorgere di un dato effetto giuridico, non v'è discrezionalità: quando invece ed in quanto si tratti di determinare se il carattere, l'attributo, la qualità sussistono in grado tale da far sorgere l'effetto giuridico, mentre la norma tace circa la misura in cui debbono presentarsi perché l'effetto giuridico si abbia, vi è discrezionalità*". Il parziale allontanamento dalle conclusioni alle quali era approdato il Cammeo in punto di ricostruzione della nozione di discrezionalità tecnica e, segnatamente la premissione del riferimento all'interesse pubblico quale termine della relazione per la valutazione del fatto complesso, non sortiva, tuttavia, l'effetto di rideterminare i termini del

delle acquisizioni della scienza quale ragione giustificativa della limitazione del sindacato del giudice amministrativo sugli atti i quali si sostanziasse nell'esercizio di discrezionalità tecnica fosse stata abbandonata— talora prospettandosi nondimeno la sostanziale commistione tra discrezionalità tecnica e merito amministrativo³³³, talaltra abbracciando la tesi della natura *riservata* delle valutazioni in commento, variamente giustificata in ragione della sostanziale estensione del perimetro di operatività del principio di legalità³³⁴ o muovendo dal connotato di *opinabilità*³³⁵ o dall'*irripetibilità*³³⁶ dei giudizi espressivi delle anzidette

problema della discrezionalità tecnica relativamente ai profili involgenti l'estensione del sindacato del giudice amministrativo sugli atti che del prefato potere valutativo

³³³ Tesi, quest'ultima, la quale sembrerebbe essere in parte riproposta nell'elaborazione dogmatica più recente, sia pur non giungendo alle estreme conseguenze di predicare la radicale ed assoluta insindacabilità delle valutazioni tecniche. Si vedano, in particolare, le conclusioni rassegnate da F. Volpe, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, 829-831: “[...] Si deve [...] riconoscere che la discrezionalità tecnica dà luogo ad una valutazione su interessi, non troppo dissimilmente dalla discrezionalità amministrativa. [...] La discrezionalità tecnica [...] si distingue per il fatto di concentrarsi su un unico interesse (attraverso la verifica della sua esistenza nel caso concreto). A differenza di quella amministrativa, dunque, la discrezionalità tecnica non può dar luogo ad alcuna forma di comparazione [...] La valutazione tecnica, operando l'individuazione di un interesse in concreto da tutelare, è essa stessa valutazione su un interesse [...] Inoltre, si deve affermare che la discrezionalità tecnica fa parte, anch'essa, del merito amministrativo. Perché il merito amministrativo è, innanzitutto, valutazione su interessi”.

³³⁴ Tesi, quest'ultima, in particolare propugnata da D.de Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, partendo dal presupposto della confutazione dell'autonomia del concetto di discrezionalità tecnica quale teorizzata, *inter alia* dal Giannini, e, attraverso il rimando all'elaborazione dogmatica tedesca, la riconduzione nell'alveo della categoria concettuale dei concetti giuridici indeterminati.

³³⁵ Su presupposti parzialmente diversi sembrerebbe fondarsi la linea di pensiero assunta da F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e “giurisdizionalizzazione”*, Milano, 2005, specie capp. II e III, onde determinare le ragioni di ordine giuridico atte a corroborare la limitazione del sindacato del giudice amministrativo sugli atti espressivi del potere di valutazione tecnica tendente ad escluderne la sottoposizione ad un sindacato *forte* a valenza sostitutiva, con particolare riguardo alle questioni involgenti l'esercizio dell'attività amministrativa di carattere non provvedimentale, ove al connotato di opinabilità del giudizio si giustappone il riconoscimento della possibilità di una commistione tra i profili al primo ascrivibili e l'area dell'opportunità amministrativa e dunque lo scivolamento della discrezionalità tecnica in discrezionalità amministrativa. Con particolare riguardo alla determinazione della natura giuridica delle posizioni esercitate dall'amministrazione committente in ordine alla valutazione della proposta presentata ed alla scelta del promotore in relazione all'istituto del *project financing*, 220 e 221, l'autore osserva che “La tecnica è evidentemente dipendente dagli obiettivi economici e strutturali che l'amministrazione che sia entrata nel mercato vuol conseguire, per soddisfare nel modo migliore l'interesse collettivo. Le due componenti della valutazione amministrativa [...] non sono affatto separate, bensì compenstrate l'una nell'altra. Qui l'opportunità attrae l'opinabilità [...] Il punto è che la singola componente tecnica, sulla quale la competizione tra proposte potrebbe anche esser serrata, qui non pone solo una questione di opinabilità derivante, a sua volta, da una norma giuridica. Pone, piuttosto, anche una questione di opportunità per l'amministrazione [...] La commistione accade proprio quando l'amministrazione entra nel mercato, quando utilizza, insieme ai pubblici poteri, strumenti a vocazione prettamente privatistica [...] La conseguenza, sul piano processuale, è che le determinazioni prese dall'amministrazione [...] devono essere qualificate in termini unitari, come attività discrezionale in senso proprio”.

³³⁶ Profilo, quest'ultimo, lucidamente evidenziato da V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir.proc.amm.*, 2, 1984, specie 497, ove, tuttavia, i connotati di soggettività ed irripetibilità della valutazione che vengono a costituire la ragione ultima della mancata soggezione dell'attività valutativa allo scrutinio del giudice amministrativo non conducono alla riconduzione dell'attività a tal uopo posta in essere nella categoria concettuale della discrezionalità tecnica. Con particolare riguardo alle valutazioni comparative, l'autore rilevava che: “Occorre[...] tener presente l'esistenza di importanti settori nei quali le valutazioni (o gli apprezzamenti) compiuti dall'autorità amministrativa, che pure sicuramente vengono ad incidere in situazioni soggettive di terzi, rimangono al di fuori di ogni sindacato. Sono i casi in cui l'esercizio della funzione amministrativa presuppone- o senz'altro vi si estrinseca- una attività accertativa e valutativa che è bensì esclusivamente tecnica (e perciò non coinvolge la ponderazione e la cura di interessi pubblici) ma presenta due

valutazioni- la circostanza per la quale la fonte legislativa evochi una comparazione e ponderazione tra i beni giuridici potenzialmente confliggenti, costituiti dalla garanzia della contendibilità della commessa e della tutela delle posizioni degli operatori economici e la pur consentita valorizzazione delle variabili ambientali, con la prima destinata a subire il minimo sacrificio possibile, stante il limite esplicitamente codificato al comma quarto³³⁷, la valutazione circa l'osservanza del quale presuppone un'accurata verifica dell'operato dell'amministrazione committente alla luce del criterio di proporzionalità³³⁸ –, non disgiunta dalla considerazione relativa alla natura sostanzialmente discrezionale del provvedimento di deliberazione di contrarre, induce ad interrogarsi in merito alla possibilità che il concreto esercizio del potere di valutazione venga a risentire della «scelta politica»³³⁹ emergente dalla fonte legislativa ovvero dall'attività di *giudizio e volizione insieme*³⁴⁰ che caratterizza le fasi prodromiche all'indizione della procedura.

Al riguardo, la formulazione delle norme primarie, osservate assumendo quale angolo prospettico la complessiva economia del codice, sembrerebbe rivelarsi idonea ad ingenerare suggestioni in relazione alla possibilità di estendere al settore dell'affidamento delle pubbliche commesse, specie in relazione all'utilizzo dello strumento contrattuale in chiave di meccanismo di regolazione strategica, la classificazione tipologica delle valutazioni rimesse

proprie caratteristiche (spesso tra loro unite): la soggettività assoluta del momento valutativo e l'irripetibilità del giudizio [...] In questi settori, l'attività tecnica della p.a. è connessa allo svolgimento di un episodio di vita [...] D'altro canto, essa in genere si estrinseca in valutazioni la cui soggettività è così elevata e vorrei dire così tipica da renderle affatto insindacabili in qualunque sede: non solo in sede di legittimità, che anche, in ipotesi un sindacato di merito riferito a tali attività sarebbe impossibile [...] Alle attività tecniche di questo tipo va circoscritto quel concetto di esclusività della competenza [...] in riferimento alle fattispecie [...] in cui l'attività amministrativa resta impenetrabile al sindacato, se così può dirsi, non perché discrezionale ma per la particolare struttura del tipo di attività (che la renderebbero insindacabile da qualunque soggetto venisse svolta)»

³³⁷ Nella misura in cui, recependo nella sostanza il divieto, destinato ad operare su di un piano più generale, codificato ex art. 18, par. 1, Dir. 2014/24/UE, prescrive che la formulazione delle specifiche tecniche risponda all'esigenza di assicurare l'assenza di distorsioni surrettizie delle dinamiche concorrenziali nel mercato di riferimento.

³³⁸ Sottolinea l'essenzialità di condurre il giudizio in merito alla compatibilità del singolo episodio di contrattazione ecologicamente orientata con il divieto di alterazione dell'assetto concorrenziale del mercato A. Sanches Graells, *Some reflections on the "Artificial narrowing of competition" as a check on executive discretion in public procurement*, in S. Bogojevic, X. Groussot e J. Hettne, *Discretion in EU Public Procurement Law*, Oxford, 2019.

³³⁹ Il profilo della commistione tra tecnica e politica e della determinazione delle relazioni tra esse intercorrenti è ben evidente nell'elaborazione del Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1982, specie 201, a partire dalla ricostruzione del rapporto tra tecnica ed interessi: “[La] politica, intesa come ambito in cui si confrontano, si scontrano e si scelgono interessi[...] ancorché possa essere considerata tecnica su un piano sostanziale, non può rilevarsi come tale [...] dal punto di vista giuridico [...] Invero, se è corretto assumere che gli aspetti giuridici di un fenomeno sono individuabili sulla base di elementi giuridici, è altresì impensabile che vi possa essere una frattura totale fra il modo con cui i fenomeni vengono in rilievo nella realtà sostanziale e quello che è proprio della loro veste giuridica [...] Dunque, la politica corrisponde a quell'ordine di fenomeni che nella realtà rappresenta il mite estremo dell'opinabilità (nel senso di massima opinabilità). Se è una tecnica, certo essa si pone sul confine fra ciò che è tecnica e ciò che non lo è e pertanto la sua assunzione giuridica nome non tecnica non costituisce una rottura totale con la realtà”.

³⁴⁰ Così M.S. Giannini, *Manuale di diritto amministrativo*, II, Milano, 1993,

all'amministrazione committente nell'alveo della categoria concettuale dell'*apprezzamento tecnico di tipo operativo*³⁴¹.

Se sul piano sostanziale l'ammettere la valenza condizionante del potere di scelta esercitato dal Legislatore sembra rivelarsi funzionale a determinare in misura decisamente più esaustiva il perimetro dell'attività valutativa riservata all'assegnante pubblico, con particolare riguardo alle limitazioni di carattere sostanziale da quella rivenienti, lo spostamento del baricentro del problema sul piano processuale sembrerebbe determinare, al contrario, l'emersione di ben più significative problematiche. L'assimilazione dell'attività valutativa commessa all'amministrazione indicente ad un'attività che «*tend[e] a definire operativamente le modalità e i mezzi da adottare per il soddisfacimento dell'interesse pubblico*³⁴²» e rispetto alla quale sarebbe «*immanente [...] l'esigenza di comporre nel miglior modo una pluralità di interessi*³⁴³»- che ben sembrerebbe attagliarsi al momento valutativo consistente nell'elaborazione delle specifiche tecniche- sconta il problema dell'ulteriore compressione dei margini della sindacabilità della scelta compiuta dall'amministrazione e del potenziale detrimento delle esigenze di tutela delle posizioni eventualmente lese da tale scelta.

Quel che si intende, in altri termini, rimarcare, è il fatto che la condivisibilità dell'assunto inerente la non praticabilità di una sostituzione giudiziale dell'apprezzamento compiuto dall'amministrazione agente, come tale idonea a ridondare nel vizio di eccesso di potere giurisdizionale, non determini quale conseguenza necessaria la limitazione del sindacato ai soli casi di evidente e macroscopica deviazione dell'attività valutazione, la quale implicherebbe, in linea di principio, la svalutazione della valenza sostanziale e processuale del canone di proporzionalità dell'attività amministrativa e, come si tenterà di evidenziare nel prosieguo dell'indagine, sembrerebbe rivelarsi idonea a precludere la possibilità di valutare se l'esercizio del potere valutativo ingeneri un indiretto ed ingiustificato ostacolo alla contendibilità della commessa ed è a tale profilo che è ora opportuno volgere lo sguardo.

³⁴¹ Sul punto, si rinvia alle acute riflessioni di F. Salvia, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir.proc.amm.*, 1992, 4, 685 ss.

³⁴² L'espressione è in F. Salvia, *op.ult. cit.*

³⁴³ Così F. Salvia, *Attività amministrativa e discrezionalità cit.*, 706.

1.2. Tecniche di formulazione e criticità connesse alla redazione delle specifiche tecniche attraverso la previsione di requisiti funzionali e prestazionali. Il ruolo delle etichettature.

Così ricostruita in termini generali la filosofia di fondo che ispira la disciplina legislativa chiamata a presiedere all'esercizio del potere valutativo di definizione specifica dell'oggetto del contratto, è ora necessario analizzare le modalità attraverso le quali il potere di valutazione commesso all'amministrazione indicente, attraverso la previsione di clausole mediamente indirizzate a dare ingresso al perseguimento di finalità di tutela ambientale, possa esplicarsi.

Le ragioni dell'indugio sul dettato normativo non albergano esclusivamente nell'esigenza di determinare il *discrimen* o i punti di contatto tra l'assetto regolatorio vigente e la disciplina interna emanata anteriormente alla parziale armonizzazione delle norme di settore in dipendenza del processo di integrazione europea, né valutare l'incremento dei margini di flessibilità riconosciuti in capo alle amministrazioni aggiudicatrici in ragione del parziale mutamento di approccio al tema della definizione dell'oggetto contrattuale, rinvenendo, di contro, una ragione giustificativa nell'esigenza di rilevare gli elementi di criticità che dalla predetta estensione sembrerebbero, *naturaliter*, discendere.

Gli stessi limiti alla *libertà* dell'amministrazione indicente, quali rivenienti dall'esigenza di assicurare la trasparenza del procedimento valutativo attraverso la previsione di obblighi informativi preventivi³⁴⁴ e dal riconoscimento della vincolatività delle clausole del bando di gara³⁴⁵ atte a delineare la natura delle prestazioni richieste, non sembrano idonei a mutare tale

³⁴⁴Quali rivenienti dalla disposizione di cui al comma primo dell'art. 68.

³⁴⁵ Ci si riferisce, segnatamente, all'eventuale carattere etero-integrativo della *lex specialis* di gara dei chiarimenti resi dalla stazione appaltante. Sulla portata e sui limiti dei chiarimenti, si vedano le conclusioni rassegnate da Cons. Stato, V, 16 marzo 2021, n. 2260: "In tema di gare pubbliche, i chiarimenti forniti dalla stazione appaltante sul contenuto del bando e degli atti allegati sono ammissibili, purché siano espresse nei limiti in cui non modificano la disciplina dettata per lo svolgimento della gara", che riprende, in termini generali l'orientamento inaugurato da Cons. Stato, IV, 26 agosto 2014, n. 4305, laddove la valutazione in merito alla legittimità dei chiarimenti resi dal seggio di gara è stata ritenuta condizionata all'insussistenza di contraddizioni tra le delucidazioni offerte dalla commissione ed il tenore della *lex specialis* di gara, *id est* inferibile esclusivamente nelle ipotesi in cui i chiarimenti assolvano la funzione di meglio definire la volontà provvedimentale espressa dal pubblico committente in sede di definizione della disciplina speciale di gara, nonché in tema di eterointegrazione dei requisiti di qualificazione in sede di chiarimenti, Cons. Stato, IV, 15 dicembre 2020, n. 8031, ove il giudice adito ha posto in rilievo il fatto che: "Quanto alla portata e al valore dei chiarimenti resi nel corso della procedura di gara, deve ritenersi che, in generale, essi sono ammissibili purché non modificano la disciplina dettata per lo svolgimento della gara, cristallizzata nella *lex specialis*, avendo i medesimi una mera funzione di illustrazione delle regole già formate e predisposte dalla disciplina di gara, senza alcuna incidenza in termini di modificazione o integrazione delle condizioni della procedura selettiva. Essi possono costituire interpretazione autentica con cui l'Amministrazione spiega la propria volontà provvedimentale meglio delucidando le previsioni della *lex specialis* nelle ipotesi in cui non sia ravvisabile un conflitto tra le delucidazioni fornite dall'Amministrazione ed il tenore delle clausole chiarite, in caso di contrasto dovendo darsi prevalenza alle clausole della *lex specialis* e al significato desumibile dal tenore delle stesse, mentre non sono invece ammissibili allorquando, mediante l'attività

quadro, pur laddove l'attività valutativa si riveli sostanzialmente conforme, nel proprio esercizio, ai predetti criteri.

Come si tenterà di rilevare, alla sostanziale chiarezza che parrebbe *ictu oculi* caratterizzare la determinazione del perimetro dell'attività valutativa riservata all'amministrazione committente, specie laddove l'interpretazione sia condotta al lume dei principi generali informanti la materia contrattuale, sembrerebbe non corrispondere, ove si volga l'attenzione al contenzioso sviluppatosi nella materia *de qua*, la sostanziale assenza di contrasti in sede di applicazione del dettato normativo.

Se alle conclusioni dianzi rassegnate può pervenirsi laddove il tema della redazione delle specifiche tecniche sia affrontato in termini generali e, segnatamente, laddove venga in rilievo la valorizzazione di profili intrinsecamente e direttamente correlati all'esecuzione della commessa, i rilievi dapprima ricordati sembrerebbero acquisire maggior consistenza e pregnanza laddove il concreto esercizio del potere di valutazione ad opera dell'amministrazione committente si riveli orientato, sia pur *ab externo*, dalla considerazione di esigenze di sostenibilità ambientale, stante la rilevanza assunta da queste ultime nella complessiva intelaiatura della legislazione di ultima generazione.

Ponendosi in rapporto di sostanziale continuità con il previgente impianto normativo, la disciplina riveniente dal combinato disposto degli artt. 68 e 69, D.Lg. n. 50/2016, eccettuando l'ipotesi di natura residuale concernente l'esistenza di norme tecniche nazionali obbligatorie riferibili a determinate prestazioni o prodotti, purché compatibili con il diritto euronitario³⁴⁶- in *re ipsa* idonea ad elidere i margini di apprezzamento riservati al committente pubblico e, di converso, a restringere il perimetro delle stesse soluzioni tecnico-operative prospettabili dall'operatore economico³⁴⁷-, nel provvedere alla delineazione del *modus procedendi*

interpretativa, si giunga ad attribuire a una disposizione del bando un significato e una portata diversa o maggiore rispetto a quella che risulta dal testo, in quanto in tema di gare pubbliche le uniche fonti della procedura sono costituite dal bando di gara, dal capitolato e dal disciplinare, unitamente agli eventuali allegati".

³⁴⁶ Espressione, questa, invero, presente tanto nel previgente D.Lg. n. 163/2006, quanto nell'originario schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di aggiudicazione dei contratti di concessione, di appalti pubblici e di procedure di appalto e successivamente elisa dal testo definitivo del D.Lg. n.50/2016, in conformità ai rilievi espressi dalla Commissione Speciale del Consiglio di Stato in sede di adozione del parere 1aprile 2016, n. 855.

³⁴⁷ Stante la considerazione per la quale nelle ipotesi di formulazione delle specifiche tecniche mediante rimando alle norme tecniche nazionali obbligatorie non trovi operatività il principio di equivalenza, con la conseguente esclusione delle offerte tecniche difformi a tale paradigma.

dell'amministrazione affidante, enuclea due principali criteri di redazione delle specifiche tecniche.

Il primo costruito secondo la tecnica del *rinvio*³⁴⁸ alle norme tecniche considerate entro un'accezione piuttosto ampia³⁴⁹, il secondo, di contro, destinato a riflettere il progressivo allontanamento dell'elemento oggettivo dello stipulando contratto dalla concezione caratterizzante l'omologo modello civilistico, con particolare riguardo alla descrizione della prestazione attraverso la preventiva definizione degli obiettivi e delle finalità al soddisfacimento dei quali quest'ultima si riveli funzionale.

Sebbene destinate a riflettere un differente approccio alla stessa considerazione e, correlativamente, alla descrizione della nozione di *oggetto* del contratto- e, segnatamente, l'una di carattere tradizionale, fondata sulla descrizione analitica delle caratteristiche intrinseche del bene o del servizio dedotto in contratto, l'altra di impostazione decisamente più avanzata, giacché imperniata sulla preventiva fissazione delle finalità in concreto avute di mira e, chiaramente, improntata alla flessibilità- , ambedue le tecniche di conformazione della disciplina speciale di gara sembrano prestarsi ad evidenziare in sede applicativa, la possibilità di una frizione tra gli obiettivi perseguiti e la natura e consistenza della soluzione, *recte* della valutazione concretamente adottata per soddisfarli. Una considerazione, quest'ultima, la quale parrebbe emergere nella propria concreta portata e nella rilevanza delle relative implicazioni ove la questione sia riguardata dal versante del diritto processuale.

Sarà utile, pertanto, il procedere a chiarirne i tratti distintivi.

Con particolare riguardo alla prima *species*, giovi rammentare come essa rinvenga un tratto distintivo nella sostanziale etero-determinazione delle caratteristiche materiali della prestazione. In particolare, i requisiti minimi della prestazione e, per quanto di interesse nella presente sede, l'individuazione delle caratteristiche e delle implicazioni ambientali del prodotto connessi all'esecuzione della commessa, costituiscono oggetto di preventiva individuazione e

³⁴⁸ Così, in particolare, il comma quinto, lett. b) dell'art. 68 che ripropone, senza sostanziali elementi differenziali, il comma terzo, lett. a) dell'art. 68, D.Lg. n. 163/2006..

³⁴⁹ Segnatamente, riproponendo tanto nella sostanza quanto sul piano della forma la definizione di *norma tecnica* quale consacrata dalla legislazione di diritto derivato sovranazionale, la disciplina codicistica ricomprende entro tale concetto una variegata serie di standard tecnici che si differenziano dal punto di vista qualitativo in ragione del differente grado di diffusione e standardizzazione e del differente organismo di normalizzazione.

successiva trasfusione in una norma tecnica dal valore non cogente, ad opera di un organismo di normalizzazione³⁵⁰.

Se si può convenire sulla funzione di potenziale orientamento dell'attività industriale in chiave sostenibile derivante dalla progressiva introduzione e diffusione di standard tecnici finalizzati ad evidenziare le prestazioni ambientali dei prodotti e, più in generale, le ripercussioni sulle matrici ambientali generate dal ricorso a determinati processi produttivi, anche nella prospettiva della transizione verso nuovi e più efficienti modelli di regolazione economica³⁵¹, il potenzialmente circoscritto grado di spontanea adesione ai predetti standard, specie laddove la disciplina di gara si volga a valorizzare, *inter alia*, gli aspetti legati alla determinazione e quantificazione dell'impatto ambientale del prodotto, attenendo talora a caratteristiche non essenziali al fine di scriminare la qualità e la natura delle soluzioni tecniche offerte sembrerebbe giustificare, di per sé, le cautele con le quali il Legislatore ha storicamente circondato l'esercizio di tale margine di scelta.

Dalla disposizione di cui alla lett. b) dell'attuale art. 68, D.Lg. n. 50/2016 emerge come la sostanziale libertà di manovra riconosciuta in capo al pubblico committente venga ad essere temperata, seguendo un'impostazione dichiaratamente ispirata, tanto nella forma, quanto nella sostanza, all'esigenza di garantire la contendibilità della commessa e, di riflesso, la tutela delle posizioni giuridiche attive vantate dagli operatori economici i quali prendano- *recte* siano potenzialmente interessati a prendere- parte al confronto competitivo attraverso la predeterminazione di una gamma di vincoli, tutti, in linea di principio, costituenti una più specifica espressione del principio di concorrenza, destinati a condizionare la concreta espressione del potere di valutazione alla luce del principio di proporzionalità.

³⁵⁰ Sulla scorta di una sequela procedimentale la quale, benché destinata ad arrestarsi entro il dominio della sfera privatistica, vede il coinvolgimento delle autorità e degli operatori interessati, seguendo un approccio chiaramente improntato alla progressiva standardizzazione delle caratteristiche materiali dei prodotti e, a monte, degli stessi processi produttivi. Sulla ricostruzione, in chiave storica, dell'emersione del fenomeno si veda E. Chiti, *La normalizzazione*, in S. Cassese (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, IV, Milano, 2003. Per la riconduzione delle ragioni che si collocano a fondamento della tendenza alla standardizzazione delle specifiche tecniche e, più in generale, delle norme tecniche, ed alla diffusione di meccanismi e strumenti operativi di controllo della conformità dei prodotti a tali standard nell'esigenza di consentire la circolazione delle informazioni, sia consentito rinviare ad A. Benedetti, *Certezza pubblica e certezze private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Milano, 2012.

³⁵¹ Sull'adesione al modello dell'economia circolare in chiave di strumento preordinato al perseguimento di politiche industriali, si vedano le conclusioni rassegnate da M. Cocconi, *La regolazione dell'economia circolare. Sostenibilità e nuovi paradigmi di sviluppo*, Milano, 2020, specie cap. I.

La predeterminazione di un ordine preferenziale nella scelta delle specifiche tecniche standardizzate rispetto alle quali imporre la conformità delle soluzioni tecnico progettuali proposte e, segnatamente, la sostanziale residualità delle ipotesi incentrate sul rimando a specifiche tecniche nazionali si palesa, invero, naturalmente improntata a garantire l'assenza di discriminazioni tra gli operatori economici potenzialmente appartenenti a diversi Stati membri e la complessiva trasparenza del procedimento comparativo, sottendendo dal punto di vista logico, una preventiva analisi di mercato concernente il grado di diffusione dello standard tecnico descrittivo delle caratteristiche minime ed essenziali della prestazione da richiedere.

Nella medesima direzione, *id est* di garantire l'assenza di surrettizie distorsioni dell'assetto del mercato e, in particolare, la predeterminazione del potenziale aggiudicatario, correlandosi alla finalità precipua di contemperare i margini di scelta riservati all'amministrazione aggiudicatrice con la tutela delle posizioni giuridiche attive vantate dai potenziali aggiudicatari, all'ulteriore compressione dei margini di manovra derivanti dalla specifica codificazione, ad opera della fonte normativa, della clausola di equivalenza, si accompagna la limitazione di portata generale, che si sostanzia nell'imposizione del divieto dell'indicazione di prodotti, origini o processi di produzione determinati, pur temperato dal riconoscimento della legittimità di una descrizione dettagliata delle caratteristiche oggettive³⁵² laddove correlata alla natura dell'oggetto contrattuale e subordinatamente alla dimostrazione³⁵³ della sostanziale infungibilità della prestazione richiesta.

Se, dunque, il maggior grado di analiticità nella determinazione dell'oggetto del contratto che, invero, sembra avere il pregio di consentire agevolmente al potenziale offerente di disporre dell'apparato informativo necessario alla consapevole presentazione di un'offerta

³⁵² Come inferibile dalla disposizione di cui al comma 13 dell'art. 68, D.Lg. n. 50/2016, integralmente riproduttivo del comma 9 dell'art. 68 del previgente codice dei contratti pubblici.

³⁵³ Si vedano, *ex multis*, le conclusioni rassegnate sia pur in relazione alla disciplina giuridica previgente, da Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Milano, IV, Milano, 7 luglio 2016, n. 1339, nel giudizio concernente l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, nonché della *lex specialis*, con particolare riguardo alla concreta determinazione delle specifiche tecniche delle prestazioni richieste, nel contesto del procedimento di valutazione comparativa per l'aggiudicazione di un contratto di appalto per la fornitura di ricambi di autoveicoli, laddove il giudice adito, nel chiarire la portata del divieto della menzione di prodotti determinati ed il perimetro e le condizioni di operatività della facoltà di deroga all'uopo riconosciuta in via legislativa, ha rilevato come: "*Affinché sia legittima la menzione o il riferimento ad un prodotto, occorre che non sia altrimenti possibile "una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto", il che rende necessario sia motivare sul punto (rendendosi comunque illegittime previsioni che oggettivamente non siano sorrette dalla richiamata impossibilità), sia esternare in modo trasparente gli elementi di identificazione del tipo o prodotto, e se questo sia in uso o in possesso di un soggetto determinato, ovvero se esso sia stato già oggetto di una fornitura da parte di un soggetto altrettanto determinato*".

potenzialmente rispondente alle caratteristiche minime definite dall'amministrazione in sede di predisposizione della *lex specialis* di gara, viene ad essere modulato attraverso un indiretto rimando ai principi generali della materia e dell'ordinamento, alla chiarezza del vincolo consacrato dalla fonte legislativa sembrerebbe, nondimeno, giustapporsi la labilità dello scrutinio in merito all'osservanza, in relazione alle fattispecie concrete, dei criteri testé rammentati, la quale ultima parrebbe porsi in un rapporto di diretta derivazione rispetto all'autolimitazione al sindacato sull'esercizio del potere di valutazione tecnica che sembrerebbe caratterizzare, in linea di principio, il contenzioso in materia di pubbliche commesse e, più in generale, l'ambito della sindacabilità in giudizio del potere di valutazione tecnica riservato all'amministrazione.

Data la sostanziale omogeneità, pur nell'apparente antitesi delle fattispecie traggurdate, delle problematiche potenzialmente evincibili in sede di applicazione del dettato normativo, ci si intratterà su queste ultime soltanto dopo aver individuato i limiti che il potere di valutazione commesso all'amministrazione committente incontra in relazione all'ulteriore modalità di specificazione delle caratteristiche tecnico-operative della prestazione, disciplinata dall'attuale lett. a), comma quinto dell'art. 68. Quest'ultima disposizione, di per sé integralmente riprodotiva della conferente disposizione di derivazione euro-unitaria, consente all'amministrazione di committente di optare, in luogo della descrizione analitica delle caratteristiche intrinseche dell'oggetto della fornitura, come individuate dalle specifiche tecniche tradotte in norme e standard tecnici, per una individuazione delle caratteristiche prestazioni e funzionali, *id est*, per l'enucleazione delle finalità e degli obiettivi rispetto al soddisfacimento dei quali la prestazione medesima si ponga in rapporto di strumentalità, tra le quali, per quanto di interesse, l'esplicita ricomprensione delle caratteristiche ambientali dell'oggetto della commessa.

Sebbene il criterio redazionale dianzi rammentato fosse già contemplato dalla previgente disciplina, costituendo uno tra gli aspetti in cui si apprezzava in misura consistente l'allontanamento dalla prospettiva tradizionale nella regolazione del settore e tanto sia in considerazione del margine di apprezzamento devoluto alle amministrazioni committenti nella definizione in termini oggettivi della prestazione da porre a base di gara, sia della possibilità di ravvisare in esso una primitiva estrinsecazione della correlazione tra la funzione del pubblico

committente in veste di “*market purchaser*”³⁵⁴ la conformazione indiretta del mercato di riferimento, il consolidamento delle tendenze all’utilizzo del contratto pubblico in chiave strategica e la dilatazione della nozione di *oggetto* del contratto e di *specifica tecnica* con la considerazione di un arco temporale eccedente l’esecuzione della commessa, sembrerebbe imporne, pur nella sostanziale omogeneità sul piano del contenuto precettivo della disposizione, una lettura orientata a rinvenirne la *ratio legis*.

Ponendo la questione entro termini parzialmente difformi, ci si potrebbe interrogare sulle scelte compiute dal Legislatore interno di premettere la metodologia descrittiva delle caratteristiche della prestazione alle ulteriori *species* dalla medesima disposizione contemplata sottenda l’istituzione di un ordine di preferenza tra i diversi criteri volti all’esplicitazione e descrizione delle prestazioni da dedurre in contratto.

Ciò che, come limpidamente evidenziato, pur dovendo escludersi³⁵⁵, non sortisce tuttavia l’effetto di circoscrivere la rilevanza dell’innovazione in commento, né di temperarne le criticità profilabili in sede applicativa.

Al riguardo, se si può convenire sulla considerazione per la quale la prefata modalità di definizione della disciplina speciale di gara in punto di specificazione dell’oggetto contrattuale rinvenga una ragione giustificativa nell’esigenza di assicurare l’innovatività delle soluzioni offerte³⁵⁶ non disgiunta dall’indiretta funzione di promozione di condizioni di crescita in chiave strategica, la complessiva intelaiatura legislativa e, segnatamente, l’apposizione di temperamenti al margine libero dell’azione dell’amministrazione committente, sembrerebbero sottendere

³⁵⁴ Come tale, secondo la ricostruzione operata da S. Arrowsmith e P. Kunzlink, *Social and environmental policies in EC Procurement Law. New directives and new directions*, Cambridge, 2009, idoneo a risentire in misura decisamente meno significativa rispetto quanto sia a dirsi in relazione all’utilizzo del modulo negoziale alla stregua di indiretto meccanismo finalizzato all’attuazione delle *horizontal policies*, dei condizionamenti derivanti dall’assunzione delle disposizioni di diritto primario alla stregua di parametro alla rispondenza del quale ancorare la valutazione in merito alla legittimità delle decisioni all’uopo assunte, con particolare riguardo al divieto di effetti distorsivi dell’assetto concorrenziale del mercato.

³⁵⁵ Così, in particolare, R. Invernizzi, *Specifiche tecniche*, in M.A. Sandulli e R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, III, Milano, 2019, specie 238, ove l’autore propende per la possibilità di ascrivere alla previsione testé rammentata il valore di chiave di lettura al lume della quale condurre l’interpretazione e l’integrazione della complessiva disciplina legislativa in tema di specifiche tecniche.

³⁵⁶ Si vedano, in particolare, le osservazioni formulate, sia pur in relazione alla disciplina di diritto derivato sovranazionale da M. Burgi, *Specifications*, in M. Trybus, R. Caranta e G. Edelstam *EU Public Contract Law. Public procurement and beyond*, Bruxelles, 2014, 44, ad avviso del quale “*Public sector directive now renders possible the description in terms of functional and performance requirements [...] Mandatory standards, taking time and compromise to be developed, tend to be antiquated*”

l'adesione ad un approccio pur sempre improntato ad assicurare l'effettiva contendibilità della commessa.

Collocandosi in tale ordine di idee, è difficilmente revocabile in dubbio il fatto che il riconoscimento della legittimità di un'indicazione in chiave funzionale e prestazionale dei requisiti minimi della prestazione si riveli, di per sé, orientata ad elidere la possibilità di alterazioni della *par condicio competitorum* che deriverebbero dalla descrizione analitica dei requisiti minimi del bene o del servizio dedotti in contratto, specie laddove la conformazione delle predette caratteristiche fosse operata sulla scorta di standard e norme tecniche particolarmente restrittive e scarsamente diffuse tra gli operatori del settore, con le conseguenti ricadute in termini di assolvimento dell'onere della prova circa la rispondenza sostanziale e formale della soluzione tecnica offerta rispetto ai requisiti predeterminati dal disciplinare di gara.

Purtuttavia non sembra da escludersi che la configurazione, in parte qua, della *lex specialis* di gara possa condurre ad una surrettizia violazione dei principi di uguaglianza e parità di trattamento tra gli operatori, anche se, in relazione a tali fattispecie, l'eventuale effetto distorsivo sembrerebbe poter conseguire alle modalità di esercizio dell'attività di valutazione collocate a valle della fissazione della disciplina speciale di gara.

Ed invero, alle cautele di ordine generale, espressive del divieto di discriminazione tra gli operatori del mercato ed all'ingiustificata compressione dell'assetto concorrenziale del mercato dei pubblici affidamenti, si accompagna l'ulteriore temperamento consistente nella subordinazione del ricorso alla metodologia di descrizione della prestazione contrattuale alla sostanziale intellegibilità del requisito così determinato, stante il limite rappresentato dalla *sufficiente precisione* dei parametri sulla scorta dei quali determinare le specifiche tecniche richieste. Resta, nondimeno, da valutare se la codificazione del prefato vincolo si riveli una soluzione effettivamente rispondente, *recte* idonea al perseguimento della finalità avuta di mira dal Legislatore.

L'elevato grado di elasticità che sembrerebbe caratterizzare in parte qua la disposizione normativa, parrebbe, al riguardo, propiziare l'emersione di interrogativi in relazione, da un canto, alla determinazione del perimetro entro il quale il potere valutativo dell'amministrazione committente possa essere legittimamente esercitato ed agli eventuali effetti che la manifestazione del potere di valutazione riverberi sulla successiva conduzione del

procedimento comparativo, con particolare riguardo alla consistenza dei margini di apprezzamento riservati al seggio di gara sia in punto di riscontro della conformità dell'offerta presentata rispetto alle caratteristiche minime delineate dalla *lex specialis* di gara; dall'altro in relazione alla possibilità di invocare, in relazione alle fattispecie de quibus l'operatività della clausola di equivalenza, dall'altro in punto di possibilità di un sindacato pieno che concerna tanto la conformazione della *lex specialis* di gara, quanto l'esercizio del potere di valutazione riservato alla commissione di gara nel determinare le offerte ammissibili³⁵⁷ e le soluzioni tecniche da escludersi³⁵⁸

Le conclusioni dianzi rassegnate sembrerebbero poter essere non senza ragione riproposte in relazione all'ulteriore modalità di conformazione delle disposizioni del disciplinare di gara concernenti la modulazione dell'oggetto del contratto, attraverso il ricorso alle specifiche tecniche come definite dal sistema delle etichettature ambientali³⁵⁹, in diretto

³⁵⁷ Ed, invero, la disamina delle posizioni espresse dalla giurisprudenza di prime e di seconde cure, tanto nei più risalenti, quanto nei più recenti arresti in relazione ai quali i motivi di doglianza sollevati dagli operatori economici interessati si appuntassero sul giudizio espresso dalla commissione di gara, denota con singolare nitore come risulti prevalente il rimando alla massima secondo la quale *"Il giudizio di equivalenza costituisce pacificamente legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'Amministrazione. Pertanto, il relativo sindacato giurisdizionale deve attestarsi su riscontrati (e prima ancora dimostrati) vizi di manifesta erroneità o di evidente illogicità del giudizio stesso, ossia sulla palese inattendibilità della valutazione espressa dalla stessa commissione di gara"* – si vedano, *ex multis*, le conclusioni rassegnate da Tribunale Regionale della Giustizia Amministrativa, Bolzano, 8 febbraio 2007, n.54, Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Napoli, V, 29 aprile 2015, 2435, Cons. Stato. IV, 26 agosto 2016, n. 3701, Cons. Stato., III, 18 settembre 2019, n. 6212, Cons. Stato, III, 31 ottobre 2019, n. 7450, Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Roma, III, 5 novembre 2019, n. 12676, Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Napoli, V, 7 ottobre 2020, n. 4315– con la conseguenza di assimilare integralmente i limiti del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche poste in essere dal seggio di gara rispetto ai confini ai quali soggiaccia lo scrutinio in merito alla legittimità delle molteplici manifestazioni dell'esercizio del potere discrezionale di matrice pura relativamente alla sussistenza del vizio di eccesso di potere, *recte* delle figure sintomatiche di tale vizio e delle relative tecniche di giudizio, quali consacrate dall'elaborazione giurisprudenziale a far data dalla devoluzione di funzioni giurisdizionali in capo alla IV sezione del Consiglio di Stato.

³⁵⁸ Sia, al riguardo, consentito richiamare alla memoria le motivazioni addotte da Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Palermo, II, 17 gennaio 2018, n.139, nel disattendere le censure articolate dall'operatore economico non risultato aggiudicatario avverso la valutazione in merito alla conformità della soluzione progettuale dal medesimo proposta rispetto alle caratteristiche prescritte dalla *lex specialis* di gara e la conseguente attribuzione dei punteggi ad opera del seggio di gara e la correlativa istanza, formulata dal medesimo ricorrente, di disporre l'esperimento di una verifica o di una consulenza tecnica d'ufficio: *"Giova rammentare che, secondo una consolidata giurisprudenza nelle gare pubbliche gli apprezzamenti in ordine all'idoneità tecnica delle offerte, in quanto espressione di un potere di natura tecnico-discrezionale a carattere complesso, non possono essere sostituiti da valutazioni di parte circa la insussistenza delle prescritte qualità, trattandosi di questioni afferenti al merito delle dette valutazioni tecnico-discrezionali; comunque, incombe sul soggetto che contesta l'aggiudicazione l'onere di individuare e specificare gli elementi da cui il Giudice amministrativo possa evincere che la valutazione tecnico-discrezionale dell'amministrazione sia stata manifestamente irragionevole, ovvero sia basata su fatti erronei o travisati, atteso che il sindacato del giudice rimane limitato ai casi di macroscopiche illegittimità, quali errori di valutazione gravi ed evidenti oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto. Inoltre la giurisprudenza ha precisato, in più occasioni che - alla luce del principio costituzionale di separazione dei poteri - non è consentito al Giudice amministrativo sostituire proprie valutazioni a quelle effettuate dall'Amministrazione."*

³⁵⁹ Come noto, le etichettature ambientali, le quali possono essere idealmente ricomprese entro il più vasto perimetro delle certificazioni relative alle caratteristiche ambientali di prodotti e di processi o sistemi di produzione,

recepimento degli approdi dell'elaborazione giurisprudenziale sovranazionale³⁶⁰ nel vigore delle previgenti direttive, secondo la disciplina tracciata ex art. 69, D.Lg. n. 50/2016. Se anche in relazione a queste ultime non può disconoscersi la valenza tendenzialmente orientatrice delle politiche di acquisto del pubblico committente in chiave ecologicamente sostenibile, non disgiunta dalla non trascurabile rilevanza da queste ultime dispiegata relativamente alla semplificazione degli oneri incombenti sull'affidante pubblico³⁶¹, i temperamenti apposti in via legislativa ai margini di apprezzamento riservati alle amministrazioni committenti non sembrerebbero idonei a stornare gli elementi di opacità che la menzione di un determinato marchio di qualità ecologica, quand'anche pienamente rispondente ai vincoli legislativamente prescritti³⁶² e sebbene destinato a rilevare esclusivamente sul piano probatorio, potrebbe in linea di principio determinare.

Collocandosi in tale ordine di idee, se le cautele con le quali il legislatore europeo prima e nazionale poi circoscrivono l'estensione del perimetro del potere valutativo riservato al seggio di gara ribadendo, in particolare, il vincolo del collegamento dell'etichettatura con la natura, le caratteristiche e l'oggetto delle prestazioni da aggiudicare ed incrementando gli obblighi di informazione incombenti sul pubblico committente, sia pur con precipuo riguardo alle fattispecie relativamente alle quali l'integrale richiamo al complesso dei requisiti e delle specifiche inglobati nell'eco-etichettatura si rivelasse ultroneo rispetto all'oggetto del contratto³⁶³, si rivelano improntate alla garanzia della contendibilità della commessa e della non

rappresentano meccanismi, mediamente correlati al perseguimento di finalità di preservazione delle risorse ecosistemiche oggetto di adesione volontaria da parte degli operatori economici interessati alla valutazione della conformità dei propri prodotti (ovvero dei sistemi di gestione ambientale, nel caso delle certificazioni di processo) rispetto alle caratteristiche tecniche ed agli standard ambientali codificati in norme tecniche elaborate da organismi pubblici o privati all'esito di un procedimento destinato a culminare nel rilascio del marchio di qualità ecologica o dell'attestazione produttiva di certezza in merito alle qualità certificate. L'acquisizione di una posizione di centralità

³⁶⁰ Il riferimento corre, in particolare, alle conclusioni rassegnate da Corte di Giustizia, III sezione, 10 maggio 2012, in causa C-368/10, *Commissione Europea c. Regno dei Paesi Bassi*, richiamata nel capitolo introduttivo, al quale si rinvia.

³⁶¹ Assolvendo, in particolare, tanto alla funzione di chiarire i contorni, riducendo, pertanto, il tasso di indeterminazione che sembrerebbe in linea di principio connotare la caratterizzazione dei profili oggettivi della prestazione dedotta in contratto, quanto, relativamente al subprocedimento preordinato alla valutazione di conformità delle offerte tecniche rispetto i parametri individuati dalla *lex specialis* di gara, al ruolo di meccanismo orientato a garantire l'oggettività del riscontro, stante la sostanziale devoluzione dell'attività di verifica ed attestazione del possesso dei requisiti richiesti agli organismi di certificazione.

³⁶² E, segnatamente: a) l'idoneità dei requisiti definiti dall'etichettatura ecologica rispetto all'integrazione delle caratteristiche delle prestazioni dedotte in contratto ed il relativo collegamento con l'oggetto dell'appalto; b), l'oggettività e la verificabilità dei requisiti da soddisfare per l'ottenimento del marchio di qualità ecologica; c) la procedimentalizzazione del sistema di definizione dell'etichettatura e dei requisiti il cui rispetto sia in esse compendiato; d) l'accessibilità del sistema di etichettatura ecologica per gli operatori economici interessati.

³⁶³ Fattispecie relativamente alla quale, ponendosi in sostanziale continuità con la previgente regolazione nell'interpretazione elaborata dalla giurisprudenza euro-unitaria, la fonte legislativa onera l'amministrazione

discriminazione fra gli operatori del mercato, gli elementi maggiormente problematici sembrerebbero, di contro, manifestarsi in relazione ai profili involgenti la consistenza e la contestuale sindacabilità del potere di valutazione riservato al pubblico committente sia relativamente al giudizio di equivalenza dell'etichettatura eventualmente difforme rispetto a quella menzionata nel disciplinare di gara³⁶⁴, sia in ordine ai margini di apprezzamento sul vaglio della sussistenza dei presupposti legislativamente stabiliti per il ricorso alla documentazione equivalente e ciò precipuamente laddove si ponga mente alla parziale distonia riscontrabile tra la disciplina previgente e l'attuale assetto regolatorio, nella misura in cui sembrerebbe naturalmente recare seco un elemento di irrigidimento.

Il consolidamento degli orientamenti ermeneutici tendenti a circoscrivere entro limiti angusti e chiaramente determinati l'ambito della sindacabilità delle valutazioni riservate all'amministrazione committente e al seggio di gara, che si sostanziano nella limitazione dell'area della sindacabilità alle sole ipotesi di macroscopica irragionevolezza, rivenienti una ragione giustificativa, quanto alla prima nella tendenziale assimilazione dell'attività consistente nella predisposizione della *lex specialis* di gara al merito³⁶⁵ della decisione amministrativa, quanto alla seconda nella valorizzazione dei margini di soggettività insiti nel potere di valutazione tecnica riservato al seggio di gara sembrerebbe, al riguardo, condurre alla surrettizia svalutazione ed alla sostanziale impossibilità di vagliare, in relazione alle fattispecie concrete, l'eventuale difformità dell'esercizio del potere amministrativo rispetto al paradigma legislativamente predeterminato. Con la conseguenza che la compressione del perimetro del giudizio di legittimità sull'atto amministrativo generale o sul provvedimento amministrativo di aggiudicazione, non consenta di valutare se ed entro quale misura la conformazione della *lex specialis* di gara in chiave ecologicamente orientata e, correlativamente, l'ostacolo potenzialmente frapposto all'apertura del mercato delle pubbliche commesse, possano rivelarsi giustificati giacché integralmente rispondente allo scrutinio di proporzionalità della misura concretamente adottata.

committente di indicare nominatim, nella documentazione di gara, i requisiti specifici, tra quelli compendati dall'etichettatura, previsti in relazione alla concreta procedura di aggiudicazione.

³⁶⁴ Problematica, quest'ultima, limpidamente affrontata, sia pur relativamente ai profili involgenti l'attribuzione dei punteggi, in sede di valutazione dell'offerta tecnica, ai prodotti muniti di etichettatura ambientale o di certificazione di prodotto equivalente da Cons. Stato, V, 29 aprile 2020, n. 2371, nel giudizio concernente l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva e dei verbali redatti dalla commissione di gara nel contesto di una procedura per l'aggiudicazione di un contratto di appalto misto di servizi e forniture.

³⁶⁵ Così, in particolare, la risalente Cons. Stato, V, 8 settembre 2008, n. 4272.

1.3. Prova della conformità delle soluzioni offerte alle specifiche tecniche e operatività del principio di equivalenza: il problema del margine valutativo riservato al seggio di gara.

L'esercizio del potere di valutazione destinato a culminare nello scrutinio della conformità delle soluzioni progettuali proposte dai concorrenti in rapporto alle specifiche tecniche individuate dal disciplinare di gara nel segmento procedurale deputato all'ammissione ed alla contestuale valutazione delle offerte tecniche sembrerebbe configurarsi come una tra le fasi del procedimento di valutazione comparativa nel quale sia dato apprezzare con chiarezza gli elementi di tensione potenzialmente profilabili in ragione del riconoscimento di significativi margini di apprezzamento³⁶⁶ in punto di definizione delle caratteristiche essenziali della prestazione costituente l'oggetto del contratto da aggiudicare, – tra le quali una posizione di indubbia centralità sembrerebbe dover essere ascritta ai profili involgenti le caratteristiche ambientali del bene o del servizio ovvero dei processi che si collochino in una fase cronologicamente anteriore all'acquisizione ed esecuzione della prestazione - e la contrapposta esigenza di garantire la tutela dell'interesse del quale siano latori gli operatori economici partecipanti al confronto competitivo a competere in condizioni di parità e sostanziale apertura concorrenziale.

La delicatezza delle valutazioni commesse al seggio di gara si giustifica laddove si ponga mente alla considerazione per la quale l'eventuale difformità delle soluzioni progettuali offerte dagli operatori economici ammessi rispetto alla delineazione dell'oggetto contrattuale e delle relative caratteristiche indefettibili quali rivenienti dalla complessiva articolazione della *lex specialis* di gara, purché essenziale³⁶⁷, costituisca un presupposto legittimante l'adozione di un provvedimento di esclusione del concorrente.

³⁶⁶ L'ampiezza delle quali sembrerebbe rivelarsi talora evocativa dell'iscrizione in capo alla prima di una posizione giuridica attiva la quale sembrerebbe rivelarsi difforme dal potere di autoregolazione degli eterogenei interessi intitolato alla generalità dei soggetti dell'ordinamento con esclusivo riguardo alla dimensione qualitativa ma non quantitativa, giacché condizionata al perseguimento di un interesse pubblico e non proprio, ed intendendosi, in ragion di ciò, caratterizzata dalla sostanziale assenza di penetranti limitazioni conseguenti alla soggezione dell'attività all'osservanza del principio di legalità e della panoplia di principi e criteri di giudizio che a qualsivoglia manifestazione dell'esercizio del potere conseguono, *recte* connotata da un elevato margine di flessibilità e, correlativamente, largamente indeterminata nel relativo contenuto.

³⁶⁷ Sul difetto di un elemento essenziale prescritto dalla *lex specialis* di gara quale fattispecie integrante l'esclusione del concorrente a prescindere da espliciti rimandi alla sanzione espulsiva nel contesto del bando, con la precisazione, tuttavia che l'operatività della sanzione espulsiva risulti condizionata all'inequivoca formulazione delle clausole del capitolato e del disciplinare di gara, con particolare riguardo all'esplicita configurazione delle caratteristiche tecniche alla stregua qualità essenziali delle prestazioni richieste, si vedano, *ex multis*, le conclusioni rassegnate da Tar

Collocandosi in tale ordine di idee, i temperamenti con i quali la fonte primaria circoscrive il perimetro degli apprezzamenti riservati all'amministrazione committente nell'esercizio del prefato potere valutativo non sembrerebbero di per sé rivelarsi idonei a stornare il rischio di surrettizie alterazioni della *par condicio competitorum*, recte dell'adozione di una determinazione ingiustificatamente restrittiva della concorrenzialità del mercato e della contendibilità della commessa, rivelandosi contemporaneamente lesiva del diritto di libera iniziativa economica del quale siano latori gli operatori del mercato di riferimento.

Sebbene tale elemento problematico possa profilarsi, in termini generali, in relazione a qualsivoglia manifestazione dell'esercizio del potere di valutazione riservato all'amministrazione committente, la circostanza per la quale la valorizzazione dei profili legati alle caratteristiche e prestazioni ambientali dell'oggetto contrattuale da un canto incrementi il *quantum* di opinabilità e di soggettività che intrinsecamente connotano l'esercizio del potere valutativo, dall'altro appaia in linea di principio idoneo a restringere il novero degli operatori economici che abbiano la capacità soddisfare i requisiti di carattere oggettivo determinati dalla *lex specialis* di gara sembrerebbero, non senza ragione, rendere più pressante l'esigenza di determinare la latitudine dei confini entro i quali l'apprezzamento dell'amministrazione committente possa aver luogo.

Il problema investe, pur non esaurendosi esclusivamente in tale ambito, le implicazioni correlate all'apposizione ovvero alla mancata inclusione in seno alla *lex specialis* di gara della clausola di equivalenza³⁶⁸ ed alla formulazione del giudizio in merito alla sostanziale conformità

Lombardia, Milano, II, 23 marzo 2021, n. 762, Tar Lazio, Roma, I, 16 marzo 2021, n. 762, Tar Campania, Napoli, III, 23 luglio 2020, n. 3259, Cons. Stato, III, 14 maggio 2020, n. 3084, Cons. Stato, III, 26 gennaio 2018, n. 565.

³⁶⁸ Come noto, la determinazione dell'ambito di operatività della clausola di equivalenza, quale richiamata ex art. 68, D.L.g. n. 50/2016, rappresenta una tra le tematiche maggiormente controverse che siano emerse all'attenzione del giudice amministrativo, rispetto alla quale sembrerebbero permanere, pur nel mutato quadro disciplinare, i profili di incertezza che avevano caratterizzato l'interpretazione dell'omologa disposizione recata dal previgente codice dei contratti pubblici e che, come noto, avevano propiziato l'emersione di due contrapposti indirizzi interpretativi. I profili di problematicità sottesi all'interpretazione ed alla applicazione della norma ritraibile in via ermeneutica dalla complessiva disamina della disposizione dianzi menzionata costituivano un riflesso della più generale tematica involgente il carattere di specialità del contratto di appalto pubblico e della disciplina legislativa chiamata a presiederne alla formazione del relativo contenuto ed alla susseguente stipulazione ed il rilievo da ascrivere alle norme ed ai principi di diritto comune atti a regolare la conclusione delle omologhe fattispecie nella dimensione inter-privata, appuntandosi, in particolare, sull'eventuale estensibilità ai contratti preordinati all'esecuzione di pubbliche commesse del meccanismo di etero-integrazione del contenuto contrattuale disciplinato ex artt. 1339 e 1374 c.c., nella parte in cui, nel sanzionare la violazione delle norme imperative nella quale siano incorsi i contraenti in sede di definizione del regolamento negoziale, riconosce attitudine sostitutiva delle contrarie pattuizioni alle clausole legislativamente previste. Traguardando la questione dall'angolo prospettico assunto dalla giurisprudenza amministrativa nel vigore della previgente disciplina e sostanzialmente riproposto con riguardo alle disposizioni attualmente vigenti, è noto come sul versante pretorio si sia assistito al consolidamento di due antitetici indirizzi interpretativi. L'uno, di carattere minoritario, originariamente inaugurato dalla giurisprudenza di prime cure

della soluzione progettuale così configurata rispetto ai requisiti definiti dal disciplinare ma, come si tenterà di porre in rilievo nel prosieguo della presente indagine, sembrerebbe del pari involgere le fattispecie nelle quali non si faccia questione della dimostrazione della sostanziale *equivalenza*³⁶⁹ della prestazione offerta, caratterizzando la predeterminazione dei mezzi di prova della conformità alle specifiche tecniche e la latitudine del giudizio concernente l'ammissibilità di prove atipiche.

ma oggetto di numerose adesioni anche da parte del giudice di secondo grado, precipuamente in seguito all'opera di revisione della disciplina di diritto interno all'esito della trasposizione nel panorama giuridico nazionale delle direttive nn. 23, 24 e 25/2014, che, muovendo dalla caratterizzazione della disposizione di cui all'art. 68 alla stregua di norma imperativa, inferisce l'indiscriminata operatività del principio di equivalenza, con la conseguenza di ritenere insussistente un onere di tempestiva impugnazione della clausola del disciplinare o del bando di gara che, nell'omettere il rimando alla clausola di equivalenza, si riveli violativa del disposto di cui all'art. 68- conclusioni, queste ultime, in particolare rassegnate, *ex multis*, da Tar Lombardia, Milano, II, 20 luglio 2020, n. 1386, Tar Lombardia, Milano, II, 23 ottobre 2019, n. 2215, Cons. Stato, III 18 settembre 2019, n. 6212, Cons. Stato, III, 27 novembre 2018, n. 6721, Cons. Stato, III, 18 luglio 2017, n. 3541; il secondo, maggioritario, valorizzando il regime di diritto privato speciale che caratterizza la conclusione dei contratti di appalto da parte delle pubbliche amministrazioni, sulla base della premessa per la quale, in relazione a rapporti amministrativi, divenga evanescente la distinzione tracciata, sul piano civilistico, tra norme dispositive e norme imperative, in diretta conseguenza della riconducibilità delle regole dell'evidenza pubblica esclusivamente all'interno della seconda species e muovendo, in particolare, dalla ricostruzione dei caratteri e delle funzioni assolute dalla *lex specialis* di gara, la quale, piuttosto che determinare la qualità e la misura degli obblighi nascenti dal contratto, rinviene la propria ragion d'essere nell'esigenza di disciplinare il procedimento di individuazione della controparte contrattuale, inferisce che la clausola di equivalenza sia destinata ad operare nei limiti in cui l'amministrazione, nell'esercizio del proprio potere di valutazione tecnica, abbia consacrato una siffatta scelta nella redazione della disciplina speciale di gara, potendo, al più, il giudice amministrativo, non dare luogo ad etero-integrazione della *lex specialis*- in particolare, argomentandosi la non estensibilità delle regole consacrate dalla disciplina di diritto comune ai contratti dell'evidenza pubblica sulla scorta della considerazione per la quale quest'ultima ridonderebbe nella violazione della riserva di amministrazione-, bensì dichiarare l'illegittimità della clausola del disciplinare di gara che, in violazione del disposto di cui all'art. 68, omettesse la menzione dell'equivalenza dei prodotti offerti ove ritualmente impugnata nell'ordinario termine di decadenza. Sul punto, si vedano le osservazioni formulate, *ex multis*, da Cons. Stato, III, 2 settembre 2013, n. 4364, Cons. Stato, III, 25 novembre 2015, n.5361

Circoscrivendo l'attenzione al panorama dottrinale, propende per la non configurabilità dell'etero-integrazione della *lex specialis* di gara, con conseguente affermazione della necessità, per il concorrente il quale intenda censurare l'illegittimità in parte qua del disciplinare di gara, in ragione dell'omessa apposizione della clausola di equivalenza, di impugnare in via autonoma le clausole concernenti la definizione delle specifiche tecniche, R. Invernizzi, *Specifiche tecniche*, in M.A. Sandulli e R. De Nictolis, *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019; in senso difforme R. De Nictolis

³⁶⁹ È noto, al riguardo, che la disciplina di diritto interno statuisca, in ossequio a quanto disposto ex art. 68, commi 4 e 8, D.Lg. n. 50/2016, l'ammissibilità dell'offerta di una prestazione contrattuale con caratteristiche nominalmente difformi rispetto a quelle declinate dalle clausole del disciplinare di gara, rimettendo in capo al concorrente il quale intenda valersene, l'onere di provare in modo soddisfacente la sostanziale conformità delle soluzioni tecnico-progettuali offerte e, segnatamente, l'idoneità del prodotto offerto ad assolvere le funzioni avute di mira dall'amministrazione committente. Le problematiche correlate all'applicazione del disposto normativo e, segnatamente, l'interpretazione del concetto giuridico indeterminato legislativamente richiamato, sembrerebbero, al riguardo venire limpidamente in rilievo laddove si volga lo sguardo alle statuizioni rese dal giudice amministrativo in relazione alle formalità da seguire ed alla consistenza dell'onere incombente sull'offerente. Con particolare riguardo agli indirizzi interpretativi emersi nel vigore della previgente disciplina,

Circoscrivendo l'attenzione alla questione da ultimo menzionata, è noto come la disciplina attualmente vigente, in ciò discostandosi dal previgente assetto di regolazione³⁷⁰, rinvenga un tratto caratteristico nella valorizzazione del valore probatorio delle relazioni e delle certificazioni di conformità di determinati prodotti rilasciate da organismi di valutazione riconosciuti ed operanti in posizione di terzietà rispetto all'amministrazione committente ed all'operatore economico i sistemi gestionali, i processi di produzione, od i prodotti del quale costituiscano oggetto del procedimento privatistico e volontario di valutazione culminante nell'attestazione di conformità del bene rispetto a requisiti e specifiche tecniche etero-determinati.

Centralità, la *ratio* della quale sembrerebbe poter non senza ragione essere rinvenuta nell'esigenza di semplificazione³⁷¹ dell'operato delle amministrazioni committenti, con precipuo riguardo alla necessità di elidere, *recte* di temperare i profili di opinabilità e soggettività che inevitabilmente conseguirebbero all'eventuale devoluzione dell'attività di accertamento in capo all'amministrazione affidante e, per essa, al seggio di gara.

Sebbene i profili di criticità connessi alla valorizzazione delle attestazioni volontarie della conformità a determinati requisiti si mostrino con maggiore consistenza in relazione alle fattispecie relativamente alle quali il possesso delle predette certificazioni assolve al ruolo di mezzo di prova del possesso di requisiti di qualificazione previsti a pena di esclusione dalla disciplina speciale di gara, a conclusioni non dissimili sembrerebbe doversi pervenire laddove si volga lo sguardo alla configurazione dell'attuale disciplina in tema di prova della conformità dell'offerta alle specifiche tecniche.

Con particolare riguardo a quest'ultima, le opacità a questa sottese- globalmente afferenti, al pari di quanto si tenterà di evidenziare nel prosieguo dell'indagine, alla configurazione dei limiti ai quali soggiaccia la sindacabilità delle valutazioni rimesse alla commissione di gara- non sembrerebbero poter essere circoscritte alle ipotesi nelle quali le clausole capitolari concernenti la definizione delle specifiche tecniche siano modulate avendo riguardo ai requisiti stabiliti per l'apposizione di determinati marchi di qualità od eco-etichettature, involgendo, di contro, in

³⁷⁰ La quale, ponendosi in sostanziale continuità con la conferente regolazione di derivazione sovranazionale, non subordinava al ricorrere di determinate condizioni la possibilità di utilizzo di documentazione probatoria atipica, limitandosi, in particolare, ad enumerare esemplificativamente i mezzi ritenuti appropriati al fine dell'assolvimento dell'onere incombente sul candidato, ricomprendendo tra essi le relazioni e la documentazione tecnica rilasciate dal produttore del bene.

³⁷¹ Aspetto, quest'ultimo, chiaramente evidenziato da M. Cocconi, *La regolazione dell'economia circolare*, cit., 89.

termini generali, le modalità di specificazione della documentazione da allegare all'offerta tecnica onde dimostrarne la conformità alle prescrizioni del disciplinare di gara³⁷².

In particolare, da una lettura in combinato delle disposizioni di cui agli artt. 69 e 82, D.Lg. n. 50/2016 sembrerebbe emergere plasticamente il carattere residuale del ricorso alla documentazione equivalente. Sebbene un primo profilo critico possa non peregrinamente emergere in relazione all'eventuale richiesta dell'attestazione di conformità rilasciata da un organismo determinato in assenza dell'apposizione della pur richiesta clausola di equivalenza, la circostanza per la quale il processo di certificazione della conformità a determinati standard tecnici si fondi su di un'autonoma scelta dell'operatore economico sembrerebbe indurre ad interrogarsi in merito all'eventualità che il concreto esercizio del potere di valutazione riservato all'amministrazione committente nella definizione dei mezzi di prova possa rivelarsi di per sé idoneo ad ingenerare surrettizie alterazioni dell'andamento concorrenziale del mercato delle pubbliche commesse, ponendosi, correlativamente, in violazione del principio di parità di trattamento tra gli operatori economici.

Sulla scorta di tali considerazioni, l'esercizio della facoltà contemplata dalle disposizioni dianzi rammentate, sembrerebbe dover presupporre il compimento, da parte dell'amministrazione committente, di una valutazione prognostica, la quale oltre ad involgere una preventiva analisi relativa al grado di diffusione delle attestazioni, dovrebbe afferire al vaglio dell'idoneità della misura rispetto al fine perseguito- che si sostanzia nella garanzia della qualità della prestazione- e, in termini decisamente più significativi, della necessità e dell'adequazione della medesima in rapporto alla compressione eventualmente derivante all'esercizio dell'iniziativa economica dall'imposizione dell'onere documentale in commento, che sembrerebbe postularne un giudizio di congruenza rispetto alla natura delle prestazioni richieste ed al valore della commessa. Circostanza, quest'ultima, la quale sembrerebbe rivelarsi nelle proprie concrete proporzioni laddove si ponga mente alla circoscritta diffusione delle certificazioni volte ad attestare i requisiti di carattere ambientale di prodotti e processi produttivi.

³⁷² Quanto ai contratti ricompresi nell'ambito di applicazione oggettivo della disposizione di cui all'art. 34, D.Lg. n. 50/2016, con particolare riguardo all'allegazione della documentazione probatoria del rispetto dei criteri ambientali minimi ed alla mancata operatività del soccorso istruttorio, in ragione della connotazione dei primi alla stregua di elemento essenziale dell'offerta tecnica, la cui carenza costituisce causa di esclusione del concorrente dal procedimento di valutazione comparativa, si vedano le conclusioni rassegnate da Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, III, 20 febbraio 2020, n. 225.

Tuttavia, le limitazioni che lo scrutinio sull'esercizio del potere di valutazione tecnica incontra, soprattutto laddove si concentri l'attenzione sui profili relativi alla formulazione dei giudizi sull'equipollenza della certificazione posseduta dall'operatore economico rispetto a quella richiesta dalla *lex specialis* di gara o sull'ammissibilità dei mezzi di prova atipici, circoscritte, come noto, alle sole ipotesi di macroscopica illegittimità per irragionevolezza sembrerebbero sortire l'effetto di svalutare la portata applicativa del principio di proporzionalità inteso nella duplice accezione di canone all'osservanza del quale l'esercizio del pubblico potere debba essere conformato e di criterio di ordine logico-giurico al quale improntare la verifica giudiziale³⁷³ sull'atto o sul provvedimento che sia assunta illegittimo in quanto inficiato dal vizio di eccesso di potere,³⁷⁴ con la conseguenza di legittimare «*la valutazione tecnica peggiore, sol perché essa proviene dall'amministrazione, condanna[ndo] un Paese al declino, perché rinuncia a ricercare e a premiare la soluzione tecnica migliore*»³⁷⁵. La circostanza per la quale la natura del potere esercitato dall'amministrazione committente determini l'ascrizione degli atti che del primo costituiscano espressione nel novero delle manifestazioni della discrezionalità tecnica e non amministrativa non sembrerebbe al riguardo costituire un elemento dirimente al fine di circoscrivere la portata del principio sul piano sostanziale, né a giustificare la circospezione con la quale il giudice amministrativo sembrerebbe avvicinarsi al giudizio sul corretto esercizio del potere amministrativo laddove quest'ultimo involga l'applicazione di canoni non giuridici e, con particolare riguardo alla materia dei pubblici affidamenti, cognizioni tecniche *lato sensu* intese e criteri di ordine economico, specie laddove si volga l'attenzione alle conseguenze che la prefata tendenza alla compressione dei margini di sindacabilità del potere amministrativo - si sostanzia esso nella ponderazione tra interessi, sia, al contrario, circoscritto all'esercizio di

³⁷³ In merito a tale distinzione, si leggano le osservazioni di F. Trimarchi Banfi, *Canone di proporzione e test di proporzionalità*, in *Dir.proc.amm.*2016, 361 ss.

³⁷⁴ Sul controllo giurisdizionale del rispetto del principio di proporzionalità in chiave di diretta filiazione, sia pur in un'ottica evolutiva, dell'elaborazione, in via pretoria, di una teorica dell'eccesso di potere, si veda l'articolata ricostruzione in chiave storica formulata da A. Sandulli, *La proporzionalità cit.*, 136 ss. Più di recente, aderendo ad una prospettiva volta a distinguere il controllo sulla sussistenza del vizio di eccesso di potere dalla tecnica di controllo sull'osservanza del principio di proporzionalità, con il riconoscimento dell'estensione del perimetro dell'operatività di quest'ultimo alle questioni involgenti l'esercizio di un potere di valutazione tecnica, G. De Giorgi Cezzi, *Aboliamo l'art. 7 comma 1 del Codice del processo amministrativo? Limiti e autolimiti del giudice amministrativo e sostenibilità dei procedimenti di generazione delle conoscenze in ordine ai fatti. I casi dell'eccesso di potere, dell'atto politico e dei poteri non ancora esercitati*, in *Federalismi*, 2018, 11.

³⁷⁵ Così la relazione di A. Travi, *Giurisdizione ed amministrazione*, in F. Manganaro, A. Romano Tassone e F. Saitta, *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione. Atti del convegno di Copanello 1-2 luglio 2011*, Milano, 2013, 9.

un'attività di giudizio- determini sul piano dell'effettività della tutela delle posizioni giuridiche attive dal primo eventualmente lese.

Spostandosi dalle considerazioni di carattere generale sul piano applicativo, il problema sembrerebbe investire in misura decisamente significativa la valutazione concernente la sussistenza dei presupposti che legittimino l'utilizzo, da parte dell'operatore economico che prenda parte al confronto competitivo, della documentazione tecnica suppletiva delle certificazioni ed attestazioni di conformità eventualmente richieste dalla *lex specialis* di gara. Ed invero, la disposizione richiamata *supra* subordina l'accettazione della documentazione tecnica equipollente alla sussistenza di un duplice ordine di condizioni.

Da un canto la dimostrazione, ad opera dell'operatore economico, della conformità sostanziale della soluzione tecnica offerta rispetto alle caratteristiche di minima individuate dalla *lex specialis* di gara; dall'altro la dimostrazione dell'impossibilità, per l'operatore economico, di accedere al sistema di certificazione per cause al medesimo non imputabili.

Se, sotto il primo profilo, i profili di opacità connaturati all'interpretazione ed applicazione della norma riflettono l'esistenza di molteplici analogie rispetto agli elementi di criticità eventualmente profilabili in relazione alla formulazione del giudizio concernente l'adeguatezza della soluzione progettuale proposta dal concorrente ad ottemperare in maniera equivalente alle caratteristiche ed alle funzioni definite dalle specifiche tecniche, involgendo il margine di opinabilità tecnica ed il tasso di soggettività che caratterizzano la valutazione espressa dal seggio di gara, le quali costituiscono, come noto, la ragione precipuamente addotta onde giustificare il carattere estrinseco e debole del sindacato giurisdizionale³⁷⁶ in *subiecta materia*, la seconda condizione delineata dalla norma sembrerebbe, al contrario, sollevare interrogativi in merito alla possibilità di estendere le ragioni giustificative dianzi rammentate anche al riscontro dei presupposti di fatto legislativamente, per quanto flessibilmente, determinati.

³⁷⁶ Si vedano, in particolare, le conclusioni rassegnate da Tar Lazio, Roma, III-*quater*, 7 gennaio 2020, n. 77, relativa all'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva ed alla caducazione degli atti adottati dalla commissione di gara, con particolare riguardo alle operazioni relative alla valutazione dell'equivalenza sostanziale delle soluzioni progettuali presentate dal concorrente poi risultato aggiudicatario, effettuata in via implicita, rispetto alle indicazioni contenute nella *lex specialis* di gara, nel contesto di una procedura comparativa per l'aggiudicazione di un appalto di fornitura di dispositivi medici, laddove il giudice adito, nel disattendere le censure sollevate dall'operatore economico ricorrente, ha rimarcato il fatto che il sindacato giurisdizionale sul legittimo esercizio, da parte del seggio di gara, del potere di valutazione tecnica inerente la formulazione del giudizio di equivalenza soggiaccia al limite rappresentato dalla macroscopica ed evidente erroneità ed illogicità ovvero dall'integrale inattendibilità della valutazione all'uopo espressa, con la conseguenza di ritenere precluso all'autorità giudiziaria il procedere al giudizio intrinseco.

Che la valutazione in merito alla non imputabilità del mancato possesso delle richieste attestazioni di conformità postuli l'interpretazione di un concetto giuridico indeterminato è fuor di dubbio.

L'opinabilità che caratterizza il riscontro delle condizioni che determinino la non riconducibilità causale del mancato possesso della documentazione probatoria ad una condotta del concorrente sembrerebbe, invero, costituire una diretta conseguenza del grado di elasticità che caratterizza, in linea di principio, la stessa formulazione normativa. Che una tale considerazione renda pienamente giustificabile la riduzione dei margini di sindacabilità della scelta all'uopo compiuta ai soli profili involgenti la macroscopica arbitrarietà del giudizio così espresso in merito all'ammissibilità del ricorso alla documentazione equivalente non sembrerebbe essere altrettanto scontato. Quel che si intende rimarcare è la considerazione per la quale, in relazione all'esercizio del potere valutativo da ultimo richiamato, sui profili relativi al carattere soggettivo del giudizio in tal guisa espresso sembri prevalere l'accertamento della sussistenza dei presupposti legislativamente previsti, involgendo, dunque una piena conoscenza dei fatti posti a fondamento del successivo esercizio del potere, il cui scrutinio in sede giurisdizionale non dovrebbe ritenersi, almeno in linea di principio, limitato alle sole ipotesi di manifesto e macroscopico travisamento a meno di non voler riproporre, pur nel mutato quadro ordinamentale, quelle linee di pensiero tendenti a giustificare la sottrazione degli atti costituenti manifestazione dell'esercizio del potere amministrativo alla possibilità di un controllo pieno in sede giurisdizionale in ragione del riconoscimento di una posizione di supremazia in capo all'amministrazione agente e, correlativamente, della ricostruzione in termini di *soggezione* delle contrapposte situazioni giuridiche facenti capo ai privati destinatari dell'azione amministrativa³⁷⁷.

Si è detto, in precedenza, che i profili di criticità che caratterizzano il rapporto tra il riconoscimento di un ampio margine di apprezzamento valutativo in capo all'amministrazione committente relativamente alla predeterminazione delle caratteristiche minime delle prestazioni richieste e, in termini generali, alla definizione delle regole chiamate a governare l'espletamento del procedimento di valutazione comparativa, e le esigenze di garanzia della contendibilità della commessa, con i conseguenti riflessi in ordine alla possibilità di offrire

³⁷⁷ Sia, al riguardo, consentito riportare le considerazioni critiche formulate da F.G. Scoca, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani. (Brevi considerazioni)*, in *Dir proc. amm.*, 4, 2020, 1095 ss.

tutela alle posizioni giuridiche attive vantate dagli aspiranti contraenti, si presentino con dei tratti comuni in relazione alla definizione dei mezzi di prova ed alla valutazione di conformità dell'offerta presentata, limitatamente alla possibilità di ripercorrere in giudizio le modalità di esercizio del potere di valutazione ad opera del seggio di gara.

Con particolare riguardo alla questione da ultimo richiamata, è noto come la codificazione, ad opera della fonte legislativa, del principio di equivalenza delle soluzioni tecniche offerte e le limitazioni correlativamente apposte al potere di valutazione riservato all'amministrazione committente, rivelino l'impostazione pro-competitiva della relativa disciplina, chiaramente ispirata all'intento di assicurare che le eventuali limitazioni della concorrenza direttamente discendenti dall'articolazione dell'oggetto contrattuale– anche allorquando la conformazione delle clausole della *lex specialis* di gara sia improntata al perseguimento di obiettivi di sostenibilità ambientale– si rivelino effettivamente proporzionate, giacché non eccedenti quanto ragionevolmente imposto per il soddisfacimento delle finalità concretamente tragguardate dal pubblico committente. Collocandosi in tale ordine di idee, se la previsione di un obbligo di inserzione della clausola di equivalenza in relazione alla conformazione delle specifiche tecniche attraverso il rinvio agli standard tecnici formulati da organismi di normalizzazione³⁷⁸ od ai sistemi di etichettatura ambientale³⁷⁹ e, di converso, l'indiscriminata operatività³⁸⁰ del predetto principio in ordine alla conformazione della prestazione attraverso l'esplicitazione dei requisiti funzionali e prestazionali sembrano rivelarsi idonei ad elidere il rischio di un'eccessiva limitazione della platea degli offerenti, il reale profilo critico sembrerebbe, al contrario, involgere la formulazione del giudizio di equivalenza della soluzione tecnica offerta, le criticità caratterizzanti il quale sembrerebbero del pari emergere allorquando la descrizione delle prestazioni dedotte in contratto sia articolata in una pluralità di specifiche tecniche alcune tra le quali involgenti determinate caratteristiche- per quanto di interesse, ambientali- del prodotto.

Tralasciando le considerazioni relative alla determinazione dei mezzi di prova della conformità della soluzione tecnica offerta rispetto quanto riveniente dalla *lex specialis* di gara, *supra*, la problematica alla quale si vuol volgere lo sguardo attiene alle limitazioni alle quali l'esercizio del potere di valutazione che si sostanzia nell'espressione del giudizio in merito alla

³⁷⁸ Come pianamente emerge dal tenore letterale della disposizione di cui all'art. 68, comma 7, D.Lg. n. 50/2016

³⁷⁹ Così, in particolare, la disposizione di cui all'art. 69, comma secondo, ultimo periodo, D.Lg. n. 50/2016.

³⁸⁰ Si veda, in particolare, quanto disposto ex art. 68, comma 8, D.Lg. n. 50/2016.

equivalenza od alla difformità della soluzione progettuale sia destinato a soggiacere, con particolare riguardo alle fattispecie relativamente alle quali l'eventuale difformità della soluzione tecnica prospettata dal concorrente non si riveli tale in un'ottica globale, risultando, ad esempio, circoscritta all'eventuale discrasia concernente una determinata prestazione ambientale dell'oggetto contrattuale.

L'ascrizione dell'attività valutativa dianzi rammentata nell'alveo della discrezionalità tecnica, pur nel riconoscimento di una considerevole ampiezza dei margini di apprezzamento riservati all'amministrazione committente e, per essa, al seggio di gara, non sembrerebbero, al riguardo, costituire degli elementi scriminanti al fine di svalutare, collocando la questione sul piano del diritto sostanziale, la vincolatività dei principi di proporzionalità³⁸¹ e di ragionevolezza³⁸² rispetto all'operato della commissione di gara, che non sembrerebbe, in altri termini, risentire compressione alcuna in ragione della permanenza di elementi di opinabilità né dalla circostanza per la quale l'attività di giudizio debba essere condotta al lume di cognizioni tecniche, stante la relativa connotazione in termini di canone di esercizio del *potere* amministrativo, come tale destinato ad operare in relazione a qualsivoglia modalità di estrinsecazione di quello.

Il problema sembrerebbe, al contrario, profilarsi in sede di giudizio di cognizione sulla valutazione di mancata equivalenza adottata dalla commissione di gara, giacché la tendenza a

³⁸¹ Sembrerebbero, al riguardo, estensibili al principio di proporzionalità che, come noto, costituisce una diretta filiazione del principio di ragionevolezza, le considerazioni formulate da F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sulla pubblica amministrazione*, in *Dir.proc.amm.*, 1983, 4, 439, "La clausola di ragionevolezza, riferita all'azione del pubblico potere, può essere quindi rappresentata come una sorta di «chiusura» di tutte le proposizioni giuridiche indeterminate: da quelle volte a consentire una concreta ponderazione d'interessi, a quelle che debbono essere integrate con il sussidio della tecnica, e a quelle che ci impegnano nella ricerca delle soluzioni più conformi al valore di giustizia. Ed il riferimento alla stessa clausola generale ci consente di determinare ulteriormente l'ambito della funzione che il giudice è chiamato ad esercitare attraverso un diretto controllo delle operazioni tecniche preordinate all'esercizio del potere: nel dubbio sulla stessa scelta dei criteri, egli naturalmente deve a propria volta rispettare il limite del ragionevole, limite che dev'essere storicamente stabilito sulla scorta di principi scientifici non ancora «salsificati» o comunque ritenuti utilizzabili per la soluzione razionale di problemi pratici; e nel riesame dei procedimenti applicativi, deve considerare sufficienti quei controlli e quelle «verificazioni» che secondo le cognizioni scientifiche acquisite possono assicurare l'attendibilità del risultato.

³⁸² Sull'autonomia concettuale dei criteri di ragionevolezza e proporzionalità, A. Sandulli, *La proporzionalità*, cit., 318 e 319, "La proporzionalità attiene alla misura del potere amministrativo e rinviene la propria giustificazione negli artt. 3, 97 e 113 Cost. e nel principio inespresso di giustizia sostanziale [...] Mentre, attraverso la verifica di ragionevolezza, l'amministrazione valuta la «qualità» degli interessi al fine della corretta ponderazione degli stessi, cioè compie un percorso volto alla giustificabilità della scelta [...] attraverso la valutazione di proporzionalità, l'amministrazione vaglia la adeguata «intensità» dell'uso del potere discrezionale, operando una misurazione del potere in relazione all'adeguatezza del sacrificio imposto all'interesse privato per il perseguimento del fine pubblico". In chiave critica verso tale ricostruzione F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, 2005, 267, nt. 116 "Questi tentativi di segnare una distinzione logica così netta tra ragionevolezza e proporzionalità, tuttavia, paiono perlopiù circoscritti ad una funzione descrittiva e classificatoria, senza che se ne possano dedurre conseguenze di tipo applicativo. La giurisprudenza infatti non segue una distinzione netta tra le due fattispecie e sembra accomunarle in un filone unitario, che risponde al modello generale dell'eccesso di potere".

circoscrivere entro il limite della manifesta irragionevolezza e dell'evidente sproporzione il margine di sindacabilità della scelta all'uopo operata dall'amministrazione sembrerebbe incrementare il rischio di avallare soluzioni che, pur ledendo le posizioni giuridiche attive vantate dalla controparte, si rivelino sostanzialmente non passibili di sanzione di illegittimità.

1.4. Dei limiti al sindacato del giudice amministrativo sulla previsione delle specifiche tecniche e sul giudizio di equivalenza: tra self-restraint e pregiudizio delle posizioni giuridiche attive vantate dai concorrenti

Si è rilevato, in precedenza, come la disciplina di diritto nazionale concernente le procedure per l'aggiudicazione di pubbliche commesse abbia costituito e continui pur nell'attuale quadro ordinamentale a rappresentare un terreno d'indagine privilegiato, specialmente laddove, volgendo lo sguardo verso la dimensione applicativa, si intenda procedere ad indagare e misurare nelle proprie concrete implicazioni le conseguenze derivanti dal consolidamento, ovvero ed in misura decisamente più significativa e critica, dal mancato recepimento nel panorama giurisprudenziale delle linee evolutive emerse in seno all'elaborazione dogmatica, primariamente volte a riconsiderare e rivedere, al lume delle trasformazioni intervenute nel contesto sociale, politico ed ordinamentale, categorie, classificazioni concettuali ed istituti storicamente affermatasi nel pensiero giuridico e, per quanto di interesse in relazione al tema della presente indagine, ad armonizzarne l'opera di interpretazione, valorizzando interessi e valori storicamente affermatasi ed assurti a giuridica dignità, destinati ad incidere e variamente intrecciarsi con la concreta configurazione delle prime.

Il riferimento corre, com'è evidente, alla progressiva valorizzazione delle esigenze di tutela di interessi *altri* rispetto quelli di cui fosse latrice l'amministrazione agente e che nel contesto ordinamentale sovranazionale sembrerebbero non senza ragione poter essere additati come la *cifra* ed il portato essenziali della pervasiva regolazione dell'azione amministrativa e delle concrete modalità di esercizio del potere.

Collocandosi in tale ordine di idee, se pare innegabile la valenza da ascrivere alle aperture formulate dalle istituzioni euro-unitarie lungo la direttrice dell'affrancamento della disciplina di derivazione sovranazionale dall'esclusiva valorizzazione dell'interesse all'efficiente spendita

delle pubbliche risorse che- lo si è visto *supra*- aveva rappresentato anche nel contesto ordinamentale interno il movente, giacché costituente un più specifico riflesso del buon andamento dell'azione amministrativa, dell'introduzione di una disciplina speciale, per abbracciare una visione imperniata all'affermazione della strumentalità dello stipulando negozio e, a monte, della disciplina che ne governi il procedimento di formazione rispetto al perseguimento di obiettivi e valori serventi alla realizzazione degli interessi delle collettività amministrative, presupponenti l'incremento della latitudine delle facoltà e dei poteri riconosciuti in capo all'amministrazione committente, il riconoscimento dei prefati margini di flessibilità non sembra poter non essere armonizzato con l'esigenza di apprestare una concreta ed effettiva tutela alle posizioni giuridiche attive vantate dai destinatari degli atti costituenti manifestazione dell'esercizio del potere laddove pregiudicate dall'illegittimo esercizio dell'attività valutativa.

Se l'esigenza da ultimo richiamata sembra emergere piuttosto chiaramente, permeandola, dalla configurazione della complessiva disciplina legislativa e, dunque, rivelarsi pacifica sul piano sostanziale, l'effettiva osservanza dei vincoli e dei temperamenti posti a presidio del legittimo esercizio dei prefati margini di apprezzamento sembrerebbe richiedere una rimeditazione della categorizzazione concettuale del potere concretamente esercitato, con le conseguenze che ne derivano in termini di percorribilità e possibilità di controllo in sede giurisdizionale.

Nel contesto globale della disciplina in materia di pubblici affidamenti, la disamina del contenzioso involgente la formulazione delle specifiche tecniche in sede di predisposizione della *lex specialis* di gara, nonché del giudizio, concernente l'equivalenza sostanziale della soluzione tecnica prospettata dal concorrente rispetto alla definizione dei caratteri essenziali della prestazioni richiesta, costituisce un micro-cosmo all'interno del quale sembrerebbe dato apprezzare in misura consistente la reale portata della *crisi* delle differenziazioni concettuali e della tendenza all'assimilazione delle variegata estrinsecazioni del potere amministrativo nell'univoca categoria della *discrezionalità*, riproponendo sia pur secondo schemi più raffinati, le elaborazioni tendenti a ravvisare una sostanziale omogeneità delle varie *species* di discrezionalità spese dall'amministrazione nel contesto dell'esercizio del potere di valutazione che

determinerebbe la compressione dei margini di sindacabilità della scelta attraverso l'estensione del perimetro delle valutazioni attinenti al *merito*³⁸³.

Ponendo la questione in termini parzialmente diversi, dal passaggio in rassegna delle conclusioni alle quali il giudice amministrativo è pervenuto in ordine alla cognizione delle modalità di formulazione delle specifiche tecniche sembrerebbe emergere con particolare evidenza la sovrapposizione concettuale tra attività costituente esercizio di potere di valutazione tecnica e profili involgenti, di contro, la valutazione di opportunità e convenienza che si porrebbe alla base della caratterizzazione dei requisiti di prodotto .

Elementi, questi ultimi, dai quali discenderebbe la sostanziale insindacabilità, ove non affetta da evidente irrazionalità, illogicità od errore, della decisione all'uopo adottata, con le conseguenze che ne discendono in punto di possibilità di vagliare l'effettiva proporzionalità, *recte* il collegamento della clausola del disciplinare che preveda determinate caratteristiche tecniche con l'oggetto del contratto.

Ponendo l'attenzione sul limite indicato ex art. 68, co.4, nella misura in cui ribadisce il divieto di specifiche tecniche aventi portata anticoncorrenziale, ove non giustificate giacché sproporzionate, la limitazione del sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere di valutazione alle sole ipotesi di macroscopica deviazione dell'attività amministrativa dal paradigma legislativamente predeterminato e dalle disposizioni di principio che ne governino il concreto esercizio se ben si attaglia allo scrutinio delle conferenti clausole della *lex specialis* di gara ove formulate attraverso il rimando a prodotti o servizi determinati in assenza di motivazione o con motivazione apodittica in merito ai relativi presupposti giustificativi³⁸⁴, con maggiore difficoltà sembrerebbe poter essere adeguata alle ipotesi in cui la descrizione in

³⁸³ Sia, al riguardo, consentito richiamare le conclusioni rassegnate da Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Milano, III, 1 marzo 2011, n. 593, relativa all'impugnazione della *lex specialis* di gara, con particolare riguardo alla formulazione delle specifiche tecniche, nel contesto di una procedura di aggiudicazione di un appalto di fornitura di dispositivi elettronici, laddove, sia pur in relazione alla disciplina *ratione temporis* vigente e, in particolare, alle norme rivenienti dalla disposizione di cui all'art. 8, comma sesto, D.Lg. 24 luglio 1992, n. 358, integralmente riprodotta, per quanto di interesse, nel corpo dell' art. 68, comma tredicesimo, D.Lg. n. 163/2006 e nell'attuale comma sesto dell'art. 68, D.Lg. n. 50/2016, il giudice adito, nel delimitare il perimetro della sindacabilità delle soluzioni all'uopo prescelte dall'amministrazione, ha osservato che: "*Se è vero che, nell'indicazione delle caratteristiche richieste per l'ottimale svolgimento di un servizio, l'amministrazione debba apprestare gli strumenti e le misure più adeguati ed efficienti ai fini del perseguimento dell'interesse pubblico oggetto dell'appalto da affidare, tuttavia, tali scelte attongono al merito dell'azione amministrativa e si sottraggono al sindacato del giudice amministrativo salvo che per irragionevolezza, arbitrarietà, sproporzionalità, illogicità*"

³⁸⁴ Valga, per tutte, il richiamo alle conclusioni rassegnate da Cons. Stato, IV, 30 maggio 2013, n. 2976

chiave funzionale delle prestazioni attese trasmodi in surrettizia formulazione generica ed imprecisa, destinata ad ampliare oltremodo i margini di apprezzamento tecnico riservati al seggio di gara nella successiva attività di valutazione dell'offerta tecnica e di attribuzione dei punteggi³⁸⁵.

Collocando la questione nel cono d'ombra della valorizzazione delle esigenze di sostenibilità ambientale al ruolo di obiettivo tragguardato dall'amministrazione committente in sede di procedimento preordinato alla stipulazione contrattuale, un evidente indice dell'insufficienza di un sindacato giurisdizionale che sia limitato all'accertamento della palese irragionevolezza— che non si estenda, dunque, allo scrutinio del carattere di giustificabilità della compressione che agli ulteriori interessi derivi— della determinazione assunta dal pubblico affidante in ordine alla conformazione delle caratteristiche essenziali della prestazione sembra poter essere rinvenuto nel contenzioso che potrebbe profilarsi in relazione alla previsione di specifiche tecniche afferenti ai metodi e processi di produzione quale contemplata dal comma primo dell'articolo 68. In relazione alla fattispecie normativa dianzi rammentata, l'esplicita codificazione della soggezione del potere amministrativo consistente nella delineazione delle caratteristiche oggettive della prestazione dedotta in contratto— sebbene appaia *prima facie* pleonastica, specie laddove si consideri l'immanenza del criterio in oggetto a qualsivoglia manifestazione dell'esercizio di un'attività purché di carattere pubblicistico³⁸⁶ - all'osservanza del canone di proporzionalità, sembrerebbe non peregrinamente postularne una valorizzazione sul piano dello scrutinio giudiziale.

³⁸⁵ Spunti significativi nella recente Cons. Stato, III, 18 settembre 2019, n. 6212, relativa all'impugnazione degli atti di gara e delle valutazioni espresse dalla commissione di concorso in relazione ad una procedura di affidamento di un appalto di forniture, precedente nel quale l'operatività del principio di equivalenza è stata esclusa non soltanto in ragione dell'assenza di graduazione ed articolazione dei criteri di valutazione dell'offerta ma, a monte, sulla scorta della mancata previsione dei requisiti di funzionalità ai quali rapportare, oltre alle caratteristiche tecniche individuate dal disciplinare, le soluzioni tecniche eventualmente proposte dal ricorrente, ponendosi in rilievo che *“in tal modo risulta fuorviata la capacità di previsione dei concorrenti in sede di predisposizione dell'offerta, ed esteso, in modo non fisiologico e difficilmente sindacabile, lo spazio decisionale della Commissione.*

³⁸⁶ Sulla necessaria correlazione sussistente tra la spendita di un potere pubblicistico e l'ascrizione della fattispecie concreta entro l'ambito di operatività del principio di proporzionalità dell'azione, si veda A. Sandulli, *La proporzionalità*, cit. 393, ove si sottolinea che *“Talune perplessità, invece, debbono nutrirsi in ordine all'applicabilità del principio di proporzionalità ai contratti di diritto privato, per i quali, al massimo, potrebbe prospettarsi l'impiego in ordine alla fase, preliminare, della scelta del mezzo da parte della pubblica amministrazione. Ciò significa che, qualora l'amministrazione si trovi a poter scegliere tra l'adozione di una misura provvedimento ovvero di una contrattuale, possano applicarsi, ai fini dell'adesione ad uno tra i due strumenti, i parametri dell'idoneità e della necessità. Non sembra, invece, che il principio possa trovare applicazione nella sfera interna dell'attività contrattuale di diritto privato, dal momento che, in tale ambito, alla discrezionalità amministrativa si sostituisce l'autonomia privata”.*

Collocandosi in tale ordine di idee, la potenziale dilatazione del concetto di *collegamento* con l'oggetto del contratto, assunto a parametro per valutare la legittimità delle scelte amministrative mediamente orientate dall'esigenza di perseguimento di interessi ulteriori e trascendenti l'utilità concretamente ritraibile dall'esecuzione della commessa e progressivamente spogliato dal requisito della *materialità* o dell'*incorporazione* del requisito all'interno della prestazione contrattuale, sembrerebbe implicare un progressivo ravvicinamento tra il canone di verifica giudiziale volto a scrutinare la sussistenza del requisito della pertinenza e del collegamento con l'oggetto della prestazione ed il canone di proporzionalità³⁸⁷ inteso nell'accezione di strumento logico-giuridico volto alla verifica della legittimità del provvedimento o dell'atto adottato.

Ne deriva che la necessità di verificare l'esatta rispondenza del concreto episodio di esercizio del potere di valutazione amministrativa richieda una più penetrante indagine, ad opera dell'autorità giudiziaria adita, del rispetto dei criteri delineati dalla norma attributiva del potere, con la conseguenza di rendere predicabile l'estensione del perimetro della sindacabilità dalla manifesta irragionevolezza, quanto meno alla valutazione dell'idoneità e della necessità della misura, esauendo, pertanto, i primi due stadi entro i quali il controllo sulla proporzionalità della decisione si articola, in considerazione delle opacità potenzialmente correlate alla penetrazione al *terzo gradino*³⁸⁸, in ragione della non univocità delle soluzioni alle quali si perverrebbe e dei rischi correlati ad un'eventuale ri-determinazione dei termini del bilanciamento ad opera del giudice investito della questione.

Di maggiore impatto, giacché irrimediabilmente connesso al verificarsi di un pregiudizio delle posizioni giuridiche attive vantate dal concorrente destinatario di un provvedimento di esclusione motivato sulla scorta della difformità soluzione progettuale offerta, il profilo concernente il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche emesse dalla commissione di gara in merito all'equivalenza sostanziale del prodotto offerto.

In relazione a tale aspetto, il già complesso quadro dianzi tracciato, sembrerebbe arricchirsi di ulteriori elementi di problematicità, specie laddove si ponga mente alla considerazione per

³⁸⁷ Così, in particolare, A. Semple, *The link to the subject matter: a glass ceiling for sustainable development*, in B. Sjäfell e A. Wiesbroek, *Sustainable public procurement under EU Law. New perspectives on the State as a stakeholder*, Cambridge, 2016,

³⁸⁸ Id est, il criterio di adeguatezza il quale, come noto, si sostanzia nella valutazione della *giusta misura* dell'esercizio del potere, con particolare riguardo alla determinazione dei termini del bilanciamento, nel caso concreto, tra i diversi interessi o posizioni che vengano in rilievo.

la quale in relazione a siffatte fattispecie l'estensione del sindacato del giudice amministrativo alla verifica della corretta osservanza del canone di proporzionalità sembrerebbe non condurre automaticamente ad una risoluzione delle problematiche involgenti la concreta determinazione della misura della compressione che le posizioni giuridiche attive vantate dall'aspirante aggiudicatario subiscano in ragione dell'esercizio del potere di valutazione, restando sullo sfondo, in particolare, il problema della verificabilità della correttezza, secondo parametri tecnico-scientifici, della determinazione all'uopo assunta.

La disamina delle più recenti pronunce del giudice amministrativo ³⁸⁹sembrerebbe denotare il consolidamento delle linee interpretative tendenti a svalutare la conoscibilità piena, ad opera del giudicante, del fatto complesso e la configurazione del sindacato in termini di controllo estrinseco, di per sé destinato a non scrutinare l'attendibilità e la plausibilità effettive della valutazione all'uopo compiuta.

Sembrano, in altri termini, perpetuarsi le tendenze al confinamento del sindacato del giudice amministrativo nelle categorie del sindacato estrinseco e debole, non destinate ad involgere la correttezza sostanziale ed intrinseca del procedimento di valutazione, giacché chiaramente improntate all'esclusione della possibilità di ripercorrere in via giurisdizionale l'intero percorso logico che abbia condotto all'assunzione del giudizio di valutazione, trascurandosi, pertanto, le innovazioni rivenienti dall'ampliamento dei mezzi istruttori³⁹⁰ a disposizione dell'autorità giudiziaria adita che pur avrebbero, in linea di principio, consentito di ritenere superabili le obiezioni tradizionalmente mosse alla possibilità, per il giudice

³⁸⁹ Per una compiuta ricostruzione delle quali sia consentito rinviare a G. Sigismondi, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 2, 705 ss.

³⁹⁰ È noto, al riguardo, come la progressiva estensione al settore del processo amministrativo, dei mezzi di prova originariamente esperibili in relazione al processo civile, con particolare riferimento alla consacrazione dell'ammissibilità del mezzo probatorio della consulenza tecnica d'ufficio nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità ad opera dell'art. 16, L. n. 205/2000, come successivamente recepita nell'intelaiatura del codice del processo amministrativo avesse propiziato l'emersione di linee interpretative tendenti ad avallare l'estensibilità del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche e più in generale, sugli atti costituenti espressione della spendita di un potere amministrativo inquadrabile nell'alveo della tradizionale categorizzazione concettuale della discrezionalità tecnica, ponendosi, in particolare, in rilievo i riflessi determinati dall'introduzione del nuovo mezzo d'istruzione sulle possibilità di un'estensione del perimetro dei poteri riservati al giudice amministrativo, con conseguente trapasso dal tradizionale sindacato giurisdizionale di carattere estrinseco, tendente, in altri termini, a ripercorrere l'iter logico seguito dall'autorità amministrativa per pervenire al concreto episodio di esercizio del potere valutativo e teso, al massimo, a controllare la sostanziale correttezza delle valutazioni tecniche sulla scorta dell'utilizzo di massime di esperienza, ad un sindacato di matrice intrinseca, come tale atto a valutare l'attendibilità e la congruità della valutazione alla quale l'amministrazione fosse pervenuta attraverso la mediazione delle cognizioni tecnico-scientifiche indispensabili alla ricostruzione della situazione di fatto, come introdotte dalle relazioni e dalla documentazione prodotte dal consulente tecnico d'ufficio.

amministrativo, di accedere pienamente al giudizio dei fatti sui quali l'adozione del provvedimento o dell'atto amministrativo espressivo dell'esercizio di un potere di valutazione tecnica si fonda.

2. *La previsione di requisiti speciali di qualificazione. Le certificazioni di qualità di prodotto e relative al possesso di sistemi ambientali di gestione ed audit: ricognizione della normativa sovranazionale e nazionale attualmente vigente.*

Così ricostruiti, in termini generali, i limiti che il potere valutativo ascritto in capo alle amministrazioni committenti incontra in relazione alla modulazione dell'oggetto contrattuale in chiave ecologicamente orientata in una con le implicazioni problematiche ai primi correlate³⁹¹, è ora opportuno volgere lo sguardo alle modalità attraverso le quali la ponderazione comparativa tra l'interesse pubblico primario immediatamente correlato all'esecuzione della commessa e l'interesse pubblico alla sostenibilità ambientale, quale riveniente dall'adozione della deliberazione di contrarre, possa influenzare la successiva attività di valutazione posta in essere dal pubblico affidante, circoscrivendo l'attenzione ai profili involgenti la predeterminazione, ad opera dell'amministrazione committente, dei requisiti speciali di qualificazione per l'ammissione degli operatori economici al confronto competitivo.

È noto, al riguardo, come l'incidenza delle considerazioni di natura ambientale sia destinata a riflettersi in misura decisamente non marginale anche in relazione alla definizione dei limiti e dei modi di esercizio del potere di valutazione concernente la sussistenza dei requisiti generali in capo all'aspirante contraente, dispiegando, dunque, i propri effetti sulla previsione di cause di esclusione soggettive.

Un profilo, quest'ultimo, il quale sembrerebbe essere limpidamente evidenziato dalla disamina della *ratio* informante, in parte qua, la disciplina legislativa attualmente vigente, precipuamente laddove si volga lo sguardo ai relativi profili evolutivi, chiaramente improntati alla valorizzazione delle esigenze di preservazione delle risorse ambientali che, in relazione alla

³⁹¹ Che, lo si anticipa sin d'ora, sembrerebbero mostrare dei tratti comuni con gli elementi di opacità che caratterizzano le modalità di internalizzazione delle considerazioni di carattere ambientale nel complessivo procedimento preordinato alla selezione del contraente ed all'aggiudicazione della commessa, con precipuo riguardo alla determinazione dei requisiti di qualificazione e dei criteri di valutazione dell'offerta.

fattispecie testé menzionata, vengono in considerazione *sub specie* di garanzia dell'osservanza, da parte dell'operatore economico il quale aspiri alla partecipazione al confronto competitivo e, finalisticamente, all'aggiudicazione del contratto, delle prescrizioni normative nelle quali il prefato bene giuridico assurga al rango di interesse pubblico primario oggetto di tutela.

Collocandosi in tale ordine di idee, quantunque l'istituzione di una relazione di consequenzialità tra la valutazione in merito all'osservanza degli obblighi normativi d'anzì rammentati ed il riconoscimento, in capo all'operatore economico, dell'idoneità a prendere parte al confronto competitivo— ovvero, ponendo tale questione da un differente angolo prospettico— tra l'inosservanza degli obblighi legislativi da ultimo richiamati e la sostanziale compressione della capacità contrattuale dell'aspirante contraente, si rivelasse implicita nella previgente intelaiatura codicistica³⁹², essa viene, cionondimeno, a ricevere una decisamente più pregnante articolazione nell'attuale disciplina legislativa, particolarmente emergente laddove si volga l'attenzione al disposto di cui all'art. 80, commi primo e quinto, lett. a).

La disposizione da ultimo richiamata, nel delineare le condizioni ostative alla partecipazione dell'aspirante contraente, per quanto di interesse, ricomprende nel proprio ambito di applicazione oggettivo non soltanto l'accertamento in via definitiva della commissione del delitto di traffico illecito dei rifiuti o di ulteriori fattispecie delittuose che importino la sanzione accessoria dell'incapacità a contrarre³⁹³, bensì, in un'accezione decisamente più dilatata, l'inosservanza degli obblighi in materia ambientale come richiamati ex art. 30, comma terzo, D.Lg. n. 50/2016, facendone discendere l'obbligatoria esclusione dell'aspirante contraente.

³⁹² E, in particolare, nella disposizione di cui all'art. 38, comma primo, lett. c), D.Lg. 12 aprile 2006, n. 163, nella misura in cui, nel disciplinare le cause di esclusione soggettiva, menzionava la categoria generale e residuale rappresentata dai "gravi reati in danno dello Stato o delle Comunità incidenti sulla moralità professionale". Per un inquadramento generale delle problematiche connesse all'interpretazione della disposizione testé menzionata e per la ricognizione dei più significativi elementi di innovazione rivenienti dall'attuale disciplina codicistica, sia consentito rinviare a G. Pesce, *L'ammissione alle procedure*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019, 609 ss., R. Greco et al., *Requisiti generali*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, II, 2019, 756 ss. nonché S. Sticchi Damiani, *I requisiti di ordine generale*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010, 421 ss., G. Manfredi, *Moralità professionale e certezza del diritto*, in *Urb.app.*, 2010, 508 ss., R. Greco, *I requisiti di ordine generale*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis e R. Garofoli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, II, Milano, 2008, 1261 ss., per un'accurata ricostruzione della disciplina dei requisiti di idoneità morale dell'aspirante contraente in relazione alla previgente disciplina. Con particolare riguardo alla riconducibilità delle violazioni in materia ambientale nell'alveo delle fattispecie richiamate dalla norma, G. Fidone, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv.it.dir.pubbl.comunitario*, 5, 2, 819 ss.

³⁹³ Ci si riferisce, in particolare, ai delitti di disastro ambientale ed inquinamento ambientale, come rispettivamente disciplinati ex artt. 452-*quater* c.p. e 452-*bis*, c.p.

La circostanza per la quale l'innovazione legislativa testé rammentata contribuisca, sia pur parzialmente, a diradare talune tra le opacità insite nel previgente assetto normativo³⁹⁴, stanti la ricomprensione del mancato rispetto degli obblighi in materia di tutela dell'ambiente³⁹⁵ tra le condizioni legittimanti la sanzione espulsiva e la relativa configurazione,— con una formulazione atta a segnare una netta soluzione di continuità rispetto alle conferenti disposizioni di derivazione sovranazionale³⁹⁶— alla stregua di motivi di esclusione obbligatoria, nonostante alimenti la formulazione dubbi inerenti la compatibilità delle disposizioni di recepimento³⁹⁷ rispetto al quadro tracciato sul versante euro-unitario³⁹⁸—, induce a

³⁹⁴ E, segnatamente, a circoscrivere il perimetro dei margini di apprezzamento da quest'ultimo riconosciuti in capo all'amministrazione committente relativamente alla valutazione in merito alla astratta configurabilità delle violazioni in materia ambientale ascrivibili in capo all'operatore economico che intendesse partecipare al confronto competitivo alla stregua di fattispecie incidenti sulla complessiva idoneità ed affidabilità morale di quest'ultimo, nonché, ponendo la questione su di un piano generale, i profili di criticità intrinsecamente correlati all'interpretazione del concetto giuridico indeterminato richiamato dalla norma ed ai limiti ai quali la relativa sindacabilità di quest'ultimo in sede giurisdizionale fosse destinata a soggiacere.

³⁹⁵ Unitamente alle violazioni in materia giuslavoristica e di protezione sociale.

³⁹⁶ Sia, al riguardo, consentito richiamare alla memoria la disposizione di cui all'art. 57, par. 4, Direttiva 2014/24/UE, limitatamente alla lett. a) a mente della quale: "4. *Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, op pure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni: a) ove l'amministrazione aggiudicatrice possa dimostrare con qualunque mezzo adeguato la violazione degli obblighi applicabili di cui all'articolo 18, paragrafo 2*" ed, ancora, il par. 6 della medesima disposizione, nel temperare gli effetti escludenti derivanti dalla sussistenza, a carico dell'operatore economico, dei motivi ostativi alla partecipazione, valorizzando la condotta dell'operatore economico e, segnatamente, l'impegno da quest'ultimo prestato all'adozione di misure idonee ad elidere le conseguenze delle violazioni commesse, attestando la perdurante affidabilità morale, dispone che: "Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 4 può fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione. Se tali prove sono ritenute sufficienti, l'operatore economico in questione non è escluso dalla procedura d'appalto. A tal fine, l'operatore economico dimostra di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti. Le misure adottate dagli operatori economici sono valutate considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito. Se si ritiene che le misure siano insufficienti, l'operatore economico riceve una motivazione di tale decisione". Disposizioni, queste ultime, trasfuse nel corpo dell'art. 80, commi quinto, lett. a) e settimo, D.L.g. n. 50/2016.

³⁹⁷ I quali, tuttavia, sembrerebbero poter essere agevolmente dissipati sul piano interpretativo, attraverso il ricorso al criterio ermeneutico dell'interpretazione conforme alla disciplina euro-unitaria. Sul punto, sia consentito rinviare ad A. Bernardi (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, 2015.

³⁹⁸ E ciò con precipuo riguardo all'incidenza della soluzione a prescelta sul piano interno sui modi di esercizio del potere di valutazione, riservato al pubblico committente. I dubbi emergono segnatamente, in relazione alla possibilità di prospettare come connotata dal carattere di automaticità la sanzione espulsiva, con conseguente riconducibilità dell'attività all'uopo posta in essere dall'amministrazione committente nell'alveo dell'attività vincolata, giacché la valutazione commessa all'amministrazione risulterebbe circoscritta al mero accertamento della sussistenza della valutazione, ovvero, come sembrerebbe correttamente inferibile ove si accedesse ad un'interpretazione sistematica della disposizione e, in particolare, orientata ai principi generali informanti le procedure di affidamento in materia di pubbliche commesse, subordinandone la legittimità ad una preventiva valutazione, commessa al seggio di gara, in punto di proporzionalità del provvedimento di esclusione in rapporto alla gravità ed alle caratteristiche intrinseche, *di est* alla rilevanza della violazione commessa. Soluzione, quella da

circoscrivere l'attenzione agli aspetti relativi alla predeterminazione ed al riscontro dei requisiti oggettivi di partecipazione, dal momento che la posizione dell'accento sul tema dapprima accennato sortirebbe l'effetto di indirizzare il discorso verso la disamina delle concrete modalità di esercizio del potere discrezionale ad opera del Legislatore interno.

Al contrario, si intendono vagliare i profili problematici correlati alla valorizzazione degli aspetti organizzativi e gestionali dell'aspirante affidatario in relazione alla singola commessa ed alla possibilità, per l'operatore economico il quale fosse privo dei prefati requisiti, di dimostrarne la concreta disponibilità ai fini dell'esecuzione dell'appalto attraverso la stipulazione del contratto di avvalimento.

Ciò che postula il procedere alla ricognizione della qualificazione giuridica dei requisiti dianzi menzionati, con particolare riguardo alla relativa riconducibilità nelle classi dei requisiti di capacità tecnica o dei requisiti di idoneità soggettiva.

Sebbene le implicazioni problematiche legate alla definizione dei requisiti di capacità condizionanti l'ammissione al confronto competitivo investano con maggior significatività la predeterminazione della disciplina speciale di gara ove preordinata all'aggiudicazione di un contratto di appalto di servizi o di forniture, in ragione della codificazione, ad opera della fonte legislativa di un sistema di qualificazione imperniato sulla singola commessa³⁹⁹, intrinsecamente divergente da quello caratterizzante l'aggiudicazione degli appalti aventi ad

ultimo rammentata, recentemente avallata, sia pur con riguardo alla fattispecie particolare rappresentata dall'eventuale incidenza di violazioni commesse da soggetti terzi rispetto all'operatore economico sul vaglio dell'affidabilità di quest'ultimo, da Corte di Giustizia, II, 30 gennaio 2020, n. 395, in causa C-395/18, *Tim-Vivendi c/ Consip et al.*, resa sulla domanda di rinvio pregiudiziale di cui all'ordinanza di Tar Lazio, II, 29 maggio 2018, n. 6010, all'esito dell'impugnazione, da parte dell'operatore economico aspirante alla partecipazione alla procedura di valutazione comparativa, del provvedimento di esclusione adottato dall'amministrazione committente sulla scorta del riscontro, in capo ad uno dei subappaltatori individuati dal concorrente, della commessa violazione degli obblighi in materia ambientale e sociale. Prendendo le mosse da un'articolata ricognizione del quadro disciplinare di derivazione sovranazionale e, segnatamente, dalla distinzione da quest'ultimo operata, volta a sceverare i motivi di esclusione obbligatori dalle cause escludenti a carattere facoltativo, il giudice adito, pur ribadendo la non contrarietà, in linea di principio, della configurazione attualmente assunta dalla disciplina di diritto nazionale rispetto alle conferenti disposizioni di derivazione sovranazionale, nella misura in cui, nel regolare le condizioni relative all'attuazione della disciplina di matrice euro-unitaria, preveda l'obbligo per le amministrazioni affidanti di procedere all'esclusione del contraente nelle ipotesi di accertamento delle violazioni testé menzionate, ha chiarito come l'attività da ultimo richiamata soggiaccia all'osservanza dei principi generali del diritto europeo, tra i quali il principio di proporzionalità, con la conseguenza di legittimare la sanzione espulsiva soltanto all'esito di una capillare valutazione in merito alle concrete circostanze di fatto ed all'incidenza di queste ultime sul riscontro dell'affidabilità morale e professionale del partecipante che aspiri all'aggiudicazione.

³⁹⁹ Di per sé atto ad incrementare la latitudine dei margini di esercizio del potere di valutazione tecnica devoluto all'amministrazione committente. Per un'articolata ricostruzione delle evoluzioni disciplinari intervenute nell'ordinamento nazionale, sia consentito rinviare a

oggetto l'esecuzione di lavori pubblici⁴⁰⁰, la circostanza per la quale i requisiti di capacità tecnica ai quali si intenda operare riferimento nella presente sede attengano non soltanto alla valorizzazione del curriculum professionale dell'aspirante contraente e della relativa organizzazione aziendale, bensì al riscontro dell'idoneità del potenziale aggiudicatario all'adozione di misure di gestione ambientale in sede di esecuzione delle prestazioni contrattuali⁴⁰¹, sembrerebbe consentire di estendere al settore da ultimo menzionato⁴⁰² l'esigenza di una chiarificazione dei nodi interpretativi che tradizionalmente caratterizzano la determinazione dei confini del potere riservato all'amministrazione affidante in relazione alle ulteriori e diverse tipologie contrattuali.

Trattandosi di implicazioni correlate alla latitudine del sindacato giurisdizionale in ordine allo scrutinio di legittimità della previsione dei requisiti di qualificazione in rapporto alla natura, alle caratteristiche ed al valore dell'aggiudicando contratto, ci si soffermerà su tali aspetti nel prosieguo, concentrando per il momento l'attenzione sulla configurazione dell'assetto normativo interno in relazione con le evoluzioni intervenute sul versante ordinamentale sovranazionale, ponendo in rilievo gli elementi di continuità e le alterità emergenti dal raffronto tra la disciplina di cui al previgente codice dei contratti pubblici e l'intelaiatura legislativa del D.Lg. n. 50/2016. La compiuta comprensione di tale percorso evolutivo postula, nondimeno, il prendere abbrivio da una sintetica ricostruzione dell'intelaiatura legislativa di derivazione sovranazionale nel contesto nel quale quest'ultima è maturata.

Il tema della possibile incidenza di considerazioni di natura ambientale in relazione all'esercizio del potere amministrativo di valutazione che si estrinseca nella definizione degli indici sulla scorta dei quali operare il riscontro dell'idoneità dell'aspirante contraente rispetto alla proficua e corretta esecuzione della commessa, sembrerebbe aver costituito una questione meno controversa rispetto quanto fosse a dirsi in relazione all'ammissibilità dei criteri di matrice ecologica nel segmento procedurale deputato alla selezione della migliore offerta⁴⁰³, e

⁴⁰⁰ Sulla revisione del sistema di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici in seguito all'entrata in vigore del D.P.R.

⁴⁰¹ Elementi, questi ultimi, i quali, come noto, non costituiscono oggetto di preventiva verifica e valutazione al fine del conseguimento dell'attestazione SOA

⁴⁰² Valga, al riguardo, per tutte, il rimando alle conclusioni rassegnate dall'Autorità Nazionale Anticorruzione in sede di adozione della delibera 30 ottobre 2019, n. 1032.

⁴⁰³ Riservando una esaustiva disamina dei profili problematici correlati alla valorizzazione delle variabili e dei criteri di sostenibilità ambientale in sede di predeterminazione dei criteri di valutazione delle offerte tecniche ed economiche al prosieguo della presente trattazione, sia consentito, nella presente rinviare, per una sintetica ricostruzione delle vicende che hanno caratterizzato l'ingresso delle considerazioni ambientali tra i parametri ai quali

ciò nonostante la significatività degli effetti da quello conseguenti sulle posizioni giuridiche attive dei partecipanti al confronto competitivo e, mediamente, sulla definizione delle caratteristiche proprie del segmento di mercato artificiale la cui costituzione si correla all'indizione del procedimento di valutazione comparativa⁴⁰⁴.

Appare non priva di rilievo la considerazione per la quale dapprima l'emersione e, successivamente, l'intensificarsi delle riflessioni concernenti la compatibilità con il quadro disciplinare *ratione temporis* vigente della previsione di clausole finalizzate a valorizzare la gestione degli impatti ambientali legati all'esecuzione della prestazione dedotta in contratto, nonché l'impegno profuso dagli operatori economici verso il miglioramento delle performances ecologiche, cogliendone le ripercussioni sul piano della regolare esecuzione del pubblico appalto ed in rapporto alle esigenze di tutela dell'interesse legittimo dell'aspirante affidatario all'ampliamento del confronto competitivo, si collocassero, dal punto di vista cronologico, nel medesimo turno di tempo in cui, in diretta dipendenza delle suggestioni affiorate e consolidatesi nello spazio giuridico globale⁴⁰⁵, si era affacciata nel panorama europeo l'esigenza di incentivare, in ossequio al principio di sussidiarietà⁴⁰⁶, il ruolo ricoperto dalle organizzazioni economiche *recte*, dagli attori della società civile⁴⁰⁷ nel percorso che avrebbe condotto all'affermazione di metodologie e strategie di regolazione improntate all'attuazione del principio dello sviluppo sostenibile.

ancorare la selezione dell'aggiudicatario con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa alle osservazioni formulate *supra*, nonché ai riferimenti bibliografici colà citati.

⁴⁰⁴ In relazione a tale profilo e, in particolare, per un efficace rilievo della duplice veste attribuita all'amministrazione procedente in sede di indizione di un procedimento di valutazione comparativa preordinato all'affidamento di pubbliche commesse e, segnatamente, al ruolo di regolatore del mercato come contrapposto a quello di creatore del medesimo, sia consentito rinviare alle osservazioni formulate da M. Clarich,

⁴⁰⁵ Le quali, come noto, si sono sostanziate nell'acquisizione di una matura consapevolezza circa la posizione di centralità da riservare alle istanze di preservazione e di salvaguardia delle risorse ecosistemiche, nella recisa affermazione della necessità di un approccio olistico alle problematiche ambientali e, conseguentemente, nella marginalizzazione degli strumenti di regolazione di matrice autoritativa.

⁴⁰⁶ La bibliografia in tema è vastissima. Sia al riguardo consentito rinviare, senza pretesa di esaustività

⁴⁰⁷ Ci si riferisce, in particolare, all'attenzione riservata dal Legislatore eurounitario all'esigenza di coinvolgimento dei consumatori e, più in generale, del pubblico interessato nel processo di transizione verso metodologie di produzione e consumo improntate alla preservazione ed alla rigenerazione delle risorse ecosistemiche attraverso la posizione dell'accento sulla necessità della divulgazione di informazioni certe ed obiettive relativamente alle prestazioni ed alle caratteristiche ambientali di determinati prodotti e processi produttivi al fine di indirizzare i relativi modelli di consumo verso soluzioni improntate alla garanzia della sostenibilità ambientale, una finalità, quest'ultima, la quale, come noto costituisce una tra le ragioni che si collocano alla base dell'istituzione e della diffusione dei sistemi di certificazione della qualità ambientale di prodotto e di processo.

In ragion di ciò, si era affermata la necessità di istituire un rapporto di collaborazione tra questi ultimi ed i pubblici poteri nella prospettiva del perseguimento delle finalità dianzi richiamate⁴⁰⁸.

Relazione, quella da ultimo richiamata, da intessere attraverso l'ascrizione di una funzione di indiscutibile rilievo al ricorso a moduli convenzionali, dalla natura formalmente e sostanzialmente privatistica ed al contempo caratterizzati dall'assente o dalla non marcata ingerenza del pubblico regolatore,⁴⁰⁹ rivelandosi, come tali, pienamente integrati nelle ordinarie logiche del mercato⁴¹⁰.

Ed invero, l'acquisizione di una matura consapevolezza circa la necessità di un mutamento di approccio alle problematiche ambientali e l'esigenza di muovere dalla valorizzazione di meccanismi improntati all'auto-responsabilità sembrerebbe emergere pianamente da una ricognizione delle linee programmatiche tracciate dalle istituzioni euro-unitarie nell'ormai risalente Quinto Programma di Azione in materia ambientale.

Quest'ultimo, nel delineare gli obiettivi da perseguire al fine di consentire la transizione verso modelli di crescita e di sviluppo improntati alla sostenibilità ambientale, con particolare riguardo alle azioni da intraprendere nei settori industriale e commerciale, ravvisava nel *favor* verso la diffusione di strumenti ad adesione volontaria uno tra i meccanismi precipui per coniugare il perseguimento delle finalità di interesse generale con l'esigenza di promozione della competitività delle imprese operanti nel mercato europeo.

Appare, del pari, degno di menzione il rilievo per il quale, nel quadro testé brevemente descritto sia maturata, sul fronte della legislazione positiva, l'istituzione di un articolato quadro disciplinare chiaramente orientato a regolamentare la definizione dei requisiti e le sequele procedurali destinate a concludersi con il rilascio di attestazioni inerenti la qualità e la

⁴⁰⁸ Da coniugare con l'incondizionata promozione della contendibilità del mercato, quale emergente dalla posizione dell'accento sui vantaggi competitivi derivanti agli operatori economici dalla volontaria conversione dei relativi processi produttivi

⁴⁰⁹ Sul punto, sia consentito rinviare alle acute riflessioni formulate da A. Benedetti, *Certezza pubblica e certezze private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Milano, 2011.

⁴¹⁰ Sulla tassonomia delle misure a tutela dell'ambiente, con particolare riguardo alla distinzione intercorrente tra le misure di mercato pure e miste sulla scorta del ruolo rivestito dai pubblici poteri, sia consentito rinviare alle acute riflessioni di M. Clarich, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 2007, I, 219 ss., nonché M. Cafagno, *I modelli di intervento tra autorità e mercato*, in Id. *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007, 399 e ss.

misurazione degli impatti ambientali di prodotti⁴¹¹ e processi produttivi, che sembrerebbe rinvenire la propria cifra essenziale nella ridefinizione dei limiti dell'intervento del regolatore pubblico, ascrivendo in capo ai pubblici poteri la funzione di promozione indiretta dell'adesione ai sistemi volontari di certificazione, attraverso la previsione di meccanismi premiali ed incentivanti.

Il riferimento corre, per quanto di interesse, all'istituzione, ad opera dell'ormai risalente Regolamento CE n. 1836/93 del Consiglio del 29 giugno 1993, del sistema ad adesione volontaria di eco-gestione ed audit ambientale, inizialmente riservato alle imprese operanti nel settore industriale e dichiaratamente improntato al conseguimento dell'obiettivo della promozione del miglioramento continuo delle prestazioni ambientali dei siti produttivi registrati.

Finalità da attuare impegnando le organizzazioni produttive interessate al rilascio dell'attestazione⁴¹² ad elaborare una politica ambientale aziendale con la fissazione di obiettivi di contenimento degli impatti sulle matrici ambientali, preventiva valutazione e quantificazione degli impatti significativi derivanti dall'esercizio dell'attività produttiva, l'implementazione di misure sul piano tecnico ed organizzativo, volte a garantire l'osservanza degli obblighi legislativi in materia di tutela ambientale, la sottoposizione a verifica periodica interna all'organizzazione dell'efficacia delle misure introdotte, la fissazione di nuovi target in relazione ai risultati conseguiti e la diffusione delle relative informazioni al pubblico interessato, demandando a verificatori ambientali terzi rispetto all'operatore interessato l'espletamento delle attività, preliminari al rilascio della certificazione di appartenenza al sistema di gestione EMAS, di controllo sulla conformità della politica ambientale aziendale elaborata dall'operatore economico ⁴¹³, del programma ambientale adottato dall'organizzazione produttiva e delle risultanze delle procedure di audit interno ai requisiti normativamente fissati e di valutazione sull'attendibilità e veridicità delle informazioni prodotte dall'impresa.

⁴¹¹ Con particolare riguardo alle certificazioni di qualità di prodotto, il riferimento corre all'introduzione del marchio ecologico europeo, Ecolabel mercé l'adozione del Regolamento CE 880/92 del Consiglio, del 23 marzo 1992, concernente un sistema comunitario di assegnazione di un marchio di qualità ecologica.

⁴¹² Si veda, al riguardo, quanto disposto dall'art. 3, Regolamento CE1836/93 del Consiglio, del 29 giugno 1993 sull'adesione volontaria delle imprese del settore industriale a un sistema comunitario di ecogestione e audit.

⁴¹³ Sia, al riguardo, consentito richiamare la disposizione di cui all'art. 4, parr. 3 ss. Regolamento CE1836/93..

Se, dunque, l'introduzione della disciplina legislativa testé richiamata costituisce una diretta testimonianza del *favor* delle istituzioni eurounitarie verso la diffusione degli strumenti di mercato atti ad orientare le politiche di acquisto dei consumatori nella prospettiva dell'attuazione degli obiettivi di tutela ambientale e di sviluppo sostenibile è, tuttavia, nella successiva Comunicazione della Commissione Europea 27 novembre 1996, n. 583, recante il Libro Verde *Gli appalti pubblici nell'Unione Europea. Spunti di riflessione per il futuro*, antecedente alla codificazione delle direttive unificate di terza generazione⁴¹⁴– le quali, come noto, hanno positivamente consacrato la ricomprensione dei criteri e degli elementi mediamente correlati al perseguimento di istanze di tutela ambientale tra i requisiti di capacità tecnica degli operatori economici⁴¹⁵– che sembrerebbero poter essere colte le prime aperture verso l'internalizzazione degli obiettivi di sostenibilità ambientale nel contesto delle procedure di affidamento di pubbliche commesse e, segnatamente, in relazione al riscontro dell'idoneità tecnico-organizzativa dell'aspirante contraente.

Quest'ultima nel predicare la conformità rispetto al quadro *ratione temporis* vigente della valorizzazione delle esperienze precedentemente maturate dall'aspirante affidatario in relazione all'esecuzione di appalti a contenuto impatto ambientale nonché della dotazione tecnica alla stregua di parametri ai quali ancorare il riscontro dell'idoneità tecnico-professionale dell'operatore economico alla corretta esecuzione del contratto, muovendo dal fine di elidere il verificarsi di vulnera correlati all'introduzione di requisiti abnormi, espressamente temperava tale potere mercé il rimando al vincolo del collegamento della clausola con la natura e le caratteristiche delle prestazioni da aggiudicare, circoscrivendone la rilevanza agli affidamenti caratterizzati da una significativa incidenza dell'elemento ambientale sulla complessiva definizione dell'oggetto contrattuale, condizionando la valutazione inerente alla legittimità della clausola, *recte*, in una prospettiva di carattere generale, dell'agere della stazione appaltante all'osservanza, in relazione alla fattispecie concreta, del canone di proporzionalità.

⁴¹⁴ È noto, al riguardo, che le previgenti direttive 92/50 volta al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, 93/36 sul coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e le 93/37, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, fossero caratterizzate dall'assenza di riferimenti testuali a criteri od elementi a carattere ecologico tra gli indici al riscontro dei quali ancorare la valutazione della capacità tecnica o professionale dell'aspirante contraente, sebbene questi ultimi, come limpidamente chiarito dall'Esecutivo europeo nelle prese di posizioni da ultimo consacrate in molteplici atti di soft law e dalla stessa elaborazione pretoria, potessero essere ricondotti nel novero delle più generali previsioni, rispettivamente desumibili ex artt. 32, par. 1 e 2, lett. b) ed e), Dir. 92/50/CE, 23, par. 2, lett. b), Dir. 93/36/CE nonché 27 par. 1, lett. a), b) ed e), Dir. 93/37/CE.

⁴¹⁵ Il riferimento corre, in particolare, alla disposizione di cui all'art. 48, par. 1, lett. f), Direttiva 2004/18/CE.

Cautela riproposta dalla di poco posteriore Comunicazione interpretativa dell'11 marzo 1998, n. 143, *Gli appalti pubblici nell'Unione Europea* la quale, nel riconoscere la devoluzione in capo alle amministrazioni contrattanti di significativi margini di apprezzamento in merito alla valorizzazione dei profili di rilevanza ambientale in sede di predeterminazione dei requisiti di qualificazione, condizionava al riscontro del collegamento del requisito esperienziale o di capacità tecnica con l'oggetto del contratto ovvero all'incidenza sull'esecuzione delle prestazioni dedotte in contratto la legittimità dell'apposizione della clausola capitolare, lasciando insoluta la risoluzione dei nodi interpretativi involgenti la legittimità di clausole della *lex specialis* le quali, nel richiedere in capo all'aspirante aggiudicatario l'adesione a sistemi di eco-gestione ed audit, sottendessero la riconducibilità delle relative attestazioni tra le referenze probatorie della capacità tecnica e professionale dell'operatore economico.

Tema, quello del rilievo del possesso delle certificazioni di qualità ambientale in relazione all'accesso al mercato dei pubblici affidamenti, *in limine* emergente dalla revisione della disciplina legislativa in tema di eco-gestione ed audit ambientale europeo intervenuta con Regolamento CE n. 761/2001 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 marzo 2001 che, nell'estendere il campo di applicazione delle disposizioni ben oltre le organizzazioni produttive afferenti al comparto industriale⁴¹⁶ e nell'adeguare la sequela procedimentale prodromica al rilascio dell'attestazione alla progressiva diffusione delle certificazioni internazionali di qualità di ambientale⁴¹⁷, discostandosi dal proprio immediato antecedente tracciava il quadro delle

⁴¹⁶ Si veda, in particolare, quanto disposto ex art. 2, par. 1, Reg. CE 761/2001.

⁴¹⁷ Il riferimento corre, in particolare, all'elaborazione nel 1996 della prima edizione delle norme tecniche della serie ISO 14001 da parte dell'International Organization for Standardisation ed all'introduzione di un sistema di verifica e di attestazione della conformità dei sistemi gestionali adottati dalle organizzazioni economiche interessate rispetto agli standard tecnici ivi elaborati, certificando in particolare l'adozione da parte dell'operatore economico in possesso dell'attestazione di un modello organizzativo e gestionale coerente con gli obiettivi autonomamente predefiniti dal soggetto interessato e testo alla riduzione ed al miglioramento continuo delle prestazioni ambientali del complesso produttivo. Per un efficace ed esaustivo rilievo degli elementi differenziali sussistenti tra i sistemi di certificazione ambientale della serie ISO 14001 ed il sistema di eco-gestione ed audit europeo, con particolare riguardo alla garanzia della veridicità delle informazioni oggetto di attestazione ed alla maggior pregnanza degli obblighi incombenti in capo all'organizzazione interessata alla registrazione, si vedano le osservazioni formulate da A. Benedetti, *Certezza pubblica e "certezze private". Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Milano, 2011, specie 137, laddove, in riferimento alla certificazione EMAS, l'autrice ha limpidamente evidenziato il fatto che: "*Si garantisce una maggiore affidabilità dei verificatori ambientali tramite un sistema di accreditamento [...] facente capo allo Stato, caratterizzato da indipendenza e imparzialità. [...] Si pongono dei limiti espressi all'organizzazione che intende registrarsi, nel senso che risulta limitata la discrezionalità nella definizione del proprio sistema di gestione ambientale [...] Il verificatore è espressamente tenuto a controllare l'adeguamento dell'organizzazione agli obblighi posti dalla legislazione vigente applicabile, con l'effetto che anche tale aspetto rientra nell'ambito delle garanzie che il verificatore è tenuto a fornire a terzi*", nonché, più di recente, Id., *Profili di rilevanza giuridica delle certificazioni volontarie ambientali*, in *Riv.quad.dir.ambi.*, 2012, I-II.

misure premiali potenzialmente atte ad incentivare l'adesione ai sistemi di autoregolazione delle prestazioni ambientali, ricomprendendovi, in una con i meccanismi di semplificazione procedimentale, la possibilità di integrazione delle misure di gestione ambientale applicate dagli operatori economici tra i requisiti e criteri da contemplare in sede di predeterminazione della *lex specialis* di gara⁴¹⁸.

È nella successiva Comunicazione interpretativa della Commissione europea, 4 luglio 2001, n. 274, *Il diritto comunitario degli appalti pubblici e la possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici* che si è delineato il perimetro entro il quale l'attestazione del rispetto di misure di gestione ambientale da parte dell'operatore economico⁴¹⁹ potesse costituire referenza probatoria della capacità tecnica dell'aspirante affidatario, circoscrivendolo alle fattispecie nelle quali si istituisse una relazione di diretta consequenzialità tra le qualità accertate dall'organismo di attestazione e le caratteristiche del servizio o della fornitura da aggiudicare ovvero la capacità dell'operatore economico di eseguire la prestazione in relazione alla natura ed alle caratteristiche di quest'ultima .

Le prese di posizione consolidatesi nella copiosa produzione di atti di soft law e, segnatamente, la definizione dei limiti ai quali soggiacesse l'esercizio del potere di valutazione tecnica rimesso alle amministrazioni affidanti in punto di conformazione delle clausole della *lex specialis* nella definizione dei criteri e dei requisiti condizionanti l'ammissione al procedimento di valutazione comparativa mercé la richiesta di indicazione delle misure di gestione ambientale da applicare nel corso dell'esecuzione della commessa, nonché la valorizzazione delle certificazioni di qualità ambientale eventualmente detenute dall'aspirante contraente, sono stati positivamente trasfusi nel preambolo e nell'articolato delle previgenti Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

Queste ultime ne hanno precisato i presupposti applicativi, con l'effetto di circoscrivere, in parte qua, i margini di apprezzamento tecnico-valutativo commessi al pubblico contraente nella prospettiva del temperamento tra il perseguimento dell'interesse pubblico alla selezione di contraenti tecnicamente e professionalmente affidabili in quanto in possesso dei requisiti predeterminati dall'amministrazione contraente anche in relazione alla qualità

⁴¹⁸ Così, in particolare, il disposto di cui all'art. 11, Reg. CE n. 761/2001

⁴¹⁹ In considerazione delle disomogeneità ontologicamente riscontrabili in ragione dell'afferenza delle informazioni oggetto di certificazione alla qualità ed alle caratteristiche dei processi produttivi di singole organizzazioni,

ambientale della prestazione e l'esigenza di garantire la contendibilità della commessa e l'assenza di condotte discriminatorie. Con particolare riguardo al primo dei profili rammentati, muovendo dall'implicita valorizzazione del criterio del collegamento della clausola della *lex specialis* di gara con la natura e le caratteristiche dell'oggetto del contratto e, correlativamente, dall'idoneità della prima a riflettersi sulla ed a condizionare l'esecuzione delle prestazioni dedotte in contratto, la disciplina legislativa da un canto circoscriveva il rilievo assolto dalle misure di gestione ambientale quale mezzo di prova dell'idoneità tecnica dell'aspirante aggiudicatario al solo settore dei lavori o dei servizi⁴²⁰, dall'altro temperava i margini di apprezzamento commessi al pubblico affidante relativamente all'*an* della prescrizione delle referenze, condizionandola al ricorrere delle circostanze fattuali sinteticamente compendiate nel concetto giuridico indeterminato dei "casi appropriati".

Quanto al secondo, nella previgente architettura legislativa, il contemperamento tra la latitudine del potere di valutazione tecnica riservato all'amministrazione e la garanzia della contendibilità della commessa era destinata ad incidere anche sul *quomodo* dell'esercizio del potere di valutazione, mercé il riconoscimento della facoltà, in capo al concorrente privo delle attestazioni probatorie richieste dalla *lex specialis* di gara, di dimostrare *aliunde* l'adozione di misure di gestione ambientale sostanzialmente equivalenti ai requisiti prescritti dalle clausole del disciplinare, rimettendo al seggio di gara l'esercizio del potere di valutazione sul riscontro dell'idoneità dei mezzi di prova alternativi prodotti dall'aspirante contraente ad integrare i requisiti all'uopo previsti, riproponendo i medesimi profili di criticità che caratterizzano la determinazione dell'ambito della sindacabilità delle valutazioni all'uopo assunte.

Se, dunque, la *ratio* informante il quadro disciplinare tracciato sul versante sovranazionale poteva non senza ragione essere ravvisata nel contemperamento tra le esigenze di promozione della tutela ambientale e di garanzia del confronto competitivo, conferendo centralità al principio di proporzionalità, nella funzione di mediazione del conflitto tra i principi di concorrenza e di sviluppo di sostenibile e, segnatamente, riconoscendo prevalente l'esigenza di garanzia della contendibilità della commessa laddove l'eventuale compressione dell'assetto concorrenziale del mercato si

⁴²⁰ Per una confutazione degli assunti sui quali si fondava l'esclusione dall'ambito di applicazione oggettivo delle norme di gestione ambientale dei contratti di appalto aventi ad oggetto forniture, sia consentito rinviare a G. Fidone, *Ecoefficienza e sviluppo sostenibile nell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, in P. Dell'Anno ed E. Picozza, *Trattato di diritto dell'ambiente*, III, Padova, 2013, in particolare nota 64 pp. 1098-1099.

fosse rivelata non giustificata, non si può tacere che la piana ricostruzione dei termini del bilanciamento tra le prefate esigenze si rivelasse non scevra dal profilarsi di elementi di problematicità in sede applicativa.

Un profilo, quest'ultimo, limpidamente evidenziato dall'esegesi delle disposizioni di recepimento nell'ordinamento nazionale.

Al riguardo, sebbene la disciplina riveniente dal previgente D.Lg. n. 163/2006⁴²¹ ricalcasse tanto nella sostanza, quanto nel tenore letterale le conferenti prescrizioni di derivazione sovranazionale e ciò sia con riguardo alla positiva elencazione– tra i requisiti speciali di qualificazione– delle misure di gestione ambientale da attuare nel corso dell'esecuzione della commessa, sia in relazione alle cautele con le quali venivano circondati l'esercizio del potere amministrativo di valutazione tecnica in merito all'introduzione del criterio in seno alla *lex specialis* di gara ed all'adozione del provvedimento di esclusione nei riguardi del contraente non in possesso delle referenze nominativamente indicate il quale avesse prodotto documentazione alternativa, la formulazione del disposto normativo non ha indubbiamente adombrato il permanere di profili di incertezza in punto di riscontro, in relazione alla fattispecie concreta, della sussistenza dei presupposti normativamente previsti per farsi legittimamente luogo all'integrazione del requisito ambientale in seno alla *lex specialis* di gara.

Controversie, quelle dianzi menzionate, le quali si iscrivevano nell'ambito della più generale questione involgente la sussistenza e la latitudine dei poteri riservati all'amministrazione contraente in ordine all'individuazione, quanto al genere, ed alla specificazione nella documentazione di gara, di requisiti di capacità tecnica ulteriori rispetto a quelli normativamente previsti e che, al pari di quanto si tenterà di evidenziare nel prosieguo, sembrerebbe permeare di sé anche l'attuale cornice regolatoria, dispiegando una non trascurabile incidenza sulla determinazione dei limiti alla cognizione ed allo scrutinio, ad opera del giudice, delle valutazioni all'uopo espresse dal pubblico committente.

Collocandosi in tale ordine di idee, il passaggio in rassegna delle più significative questioni interpretative emerse all'attenzione della giurisprudenza amministrativa nel vigore della previgente disciplina, oltre ad evidenziare gli elementi di problematicità correlati alla

⁴²¹ Quale riveniente dal combinato disposto delle prescrizioni di cui agli artt. 42, comma primo, lett. f) e 44, D.Lg. n. 163/2006.

valutazione in merito alla sussistenza della connessione del requisito previsto con l'oggetto del contratto da affidare e, dunque, al corretto apprezzamento delle circostanze di fatto ad opera del pubblico committente, sembrerebbe del pari prestarsi a rivelare le difficoltà insite nella ricostruzione dei confini dell'apprezzamento rimesso all'amministrazione committente ovvero, ponendo la questione in termini parzialmente diversi, nella ricognizione dei vincoli caratterizzanti il concreto episodio di esercizio del potere amministrativo di valutazione tecnica in rapporto alle situazioni giuridicamente tutelate riconosciute in capo agli operatori economici aspiranti alla partecipazione al confronto competitivo.

Da questo punto di vista, sembrerebbero rivelarsi emblematiche le prese di posizione del giudice di prime⁴²² e di seconde cure⁴²³ relativamente alle questioni involgenti le conseguenze derivanti, in termini di incidenza sulle concrete modalità di esercizio del potere amministrativo, dall'introduzione, in seno alla norma primaria, della clausola generale volta a specificare la portata applicativa della disposizione, circoscrivendola, in particolare, ai *casi appropriati*⁴²⁴, le conclusioni rassegnate dalla quale, pur nella consapevolezza della significatività dei mutamenti intervenuti nell'attuale quadro disciplinare, sembrerebbero nondimeno prestarsi ad illuminare le opacità insite nel vigente assetto regolatorio.

Se la risoluzione dei dubbi interpretativi caratterizzanti la ricognizione delle condizioni legittimanti l'introduzione di clausole incentrate sulla valorizzazione delle capacità dell'aspirante affidatario in relazione alla gestione degli impatti ambientali derivanti dall'esecuzione della commessa è stata condotta al lume della valutazione della pertinenza del requisito in rapporto alle caratteristiche delle prestazioni da affidare⁴²⁵, dalla ricostruzione della *ratio* della prescrizione e dalla relativa collocazione nella complessiva intelaiatura codicistica e

⁴²² Così, in particolare, Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Lecce, III, 6 ottobre 2008, n. 2787.

⁴²³ Si cfr., al riguardo, le statuizioni rese da Cons. Stato, V, 2 agosto 2019, n. 5069, nonché Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Milano, I, 27 dicembre 2010, n. 7710.

⁴²⁴ Sia, al riguardo consentito rinviare all'elencazione riveniente dall'ormai risalente Manuale Acquistare verde!, 1° edizione, 2005, specie punto 4.3.3., a tenore del quale *“Con l'espressione «casi appropriati» s'intendono gli appalti la cui esecuzione può causare danni all'ambiente e che pertanto richiedono l'utilizzo di misure volte a proteggere l'ambiente. Naturalmente, queste misure sono direttamente collegate alla realizzazione dell'appalto. “*

⁴²⁵ E, dunque, attraverso il riscontro, in relazione alla fattispecie concreta, della sussistenza del collegamento della clausola capitolare con l'oggetto del contratto.

dei principi generali informanti e condizionanti l'agere dei pubblici poteri⁴²⁶, gli indirizzi interpretativi consolidatisi nel vigore della previgente disciplina hanno ravvisato la sussistenza di un ulteriore vincolo alle libertà di manovra riconosciute in capo all'amministrazione committente, chiamata a valutare, il vulnus eventualmente derivante alla contendibilità della commessa e, mediamente, all'interesse vantato dall'aspirante aggiudicatario, dalla previsione di un requisito di qualificazione che, per quanto coerente con l'oggetto e rispondente alla finalità di garantire, in via strumentale, il perseguimento dell'interesse pubblico alla corretta esecuzione della commessa mercé la selezione di un contraente tecnicamente e professionalmente affidabile, si rivelasse in linea di principio sproporzionato, giacché non commisurato al valore⁴²⁷ ed alla natura delle prestazioni da eseguire⁴²⁸.

Dalle notazioni che precedono emerge, dunque, pianamente come, nel previgente assetto regolatorio l'estensione del perimetro degli apprezzamenti commessi all'amministrazione committente, con particolare riguardo alla modulazione della disciplina speciale di gara secondo un'impostazione improntata alla valorizzazione delle istanze di sostenibilità ambientale e, dunque, al perseguimento dell'interesse ambientale attraverso il ricorso al modulo contrattuale non avesse sortito l'effetto di circoscrivere il rilievo attribuito al principio di concorrenza ed alla funzione strumentale rivestita da quest'ultimo in rapporto al perseguimento dell'interesse pubblico immediatamente correlato all'esecuzione della commessa.

Le evoluzioni disciplinari che hanno caratterizzato, sul versante sovranazionale, il processo di revisione delle disposizioni in materia di pubbliche commesse e le vicende connesse al relativo trapianto negli ordinamenti giuridici nazionali, con particolare riguardo alla dilatazione dei margini di esercizio del potere di valutazione ascrivito in capo ai pubblici affidanti in relazione all'*an* dell'inserzione di clausole atte a conferire all'adesione ai sistemi di gestione ambientale valenza scriminante al fine del vaglio circa l'affidabilità professionale dell'aspirante aggiudicatario e l'apposizione di temperamenti alla facoltà riconosciuta in capo all'operatore economico di avvalersi della documentazione equivalente si palesano idonee a

⁴²⁶ E, in particolare, del ruolo assolto dal principio di proporzionalità nella prospettiva della mitigazione del potere amministrativo e della risoluzione del conflitto tra principi ed interessi eventualmente confliggenti.

⁴²⁷ Così, in particolare,

⁴²⁸ Si vedano, in particolare, le conclusioni rassegnate da

sollevare interrogativi in merito alla necessità di rivedere le conclusioni precedentemente rassegnate dall'elaborazione pretoria.

È noto, al riguardo, come il raffronto tra le previgenti e le attuali disposizioni di derivazione sovranazionale⁴²⁹ e, correlativamente, di diritto interno⁴³⁰ indichi la sussistenza di una netta soluzione di continuità, pianamente inferibile dalla mancata riproposizione, nell'attuale quadro legislativo, delle limitazioni correlate alla classificazione tipologica del contratto da aggiudicare –alla quale *naturaliter* sembrerebbe conseguire l'espansione dell'ambito di applicazione oggettivo della disposizione⁴³¹– e, per quel che più rileva, della clausola generale atta ad orientare l'azione dei pubblici poteri, vincolando l'esercizio del potere di valutazione al riscontro dell'appropriatezza del requisito rispetto alla complessiva definizione dell'oggetto del contratto.

Se si può convenire con la considerazione per la quale tale mutamento di prospettiva costituisca la diretta conseguenza dell'iscrizione di una posizione di incontestabile centralità alle esigenze di tutela ambientale nella complessiva disciplina dell'affidamento delle pubbliche commesse⁴³² e del ruolo proattivo assolto dall'adesione volontaria a pratiche gestionali ecologicamente compatibili lungo le direttrici dell'attuazione del principio dello sviluppo sostenibile e della transizione economica ed industriale verso nuovi modelli di produzione e di consumo improntati alla riduzione degli impatti ambientali ed alla preservazione e

⁴²⁹ Si ponga mente, in particolare, alla differente formulazione caratterizzante le disposizioni di cui all'art. 50, Dir.2004/18/CE e 62, Dir. 2014/24/UE.

⁴³⁰ Quale emergente dal raffronto tra la disposizione di cui al previgente art. 44, D.lg. n. 163/2006 e l'art. 87, comma secondo, D.Lg. n. 50/2016.

⁴³¹ Con particolare riguardo alla relativa estensibilità anche agli affidamenti di forniture. Per la negatoria, in giurisprudenza, si vedano le conclusioni rassegnate da Cons. Stato, III, 7 dicembre 2011, n. 6466: *"La certificazione ISO 14001 attiene esclusivamente ai processi produttivi utilizzati nella organizzazione imprenditoriale, adeguati a tenere sotto controllo gli impatti ambientali delle attività svolte; pertanto non è una certificazione del prodotto o del suo uso, ma delle metodiche utilizzate, a monte, per la realizzazione del prodotto senza alcuna ricaduta positiva sui territori e sugli enti destinatari della fornitura, ma al più sui luoghi di produzione. Pertanto, in disparte le problematiche relative alla applicabilità delle misure di gestione ambientale alle forniture, anche in relazione all'articolo 281 del regolamento di esecuzione al codice di cui al DPR n.207 del 2010, che estende la previsione anche alle forniture, la previsione della lex specialis in punto di certificazione ISO da parte delle imprese, per usare la lettera dell'art. 44 del codice, non rientra "...nell'ambito di una misura di gestione ambientale che l'operatore economico potrà applicare durante la esecuzione del contratto". La previsione della lex specialis pertanto non è ragionevolmente coerente con il criterio della appropriatezza risultando ultronea e sproporzionata e soprattutto inidonea a generare ricadute virtuose "durante la esecuzione del contratto" sull'ambiente direttamente interessato alla fornitura, alla stregua del preciso dettato dell'art. 44 del codice dei contratti"*.

⁴³² Ampi spunti, al riguardo, in A. Di Giovanni, *L'ambiente sostenibile nel nuovo Codice degli appalti: green public procurement e certificazioni ambientali*, in *Dir.econ.*, 2019, 2018, 1, 157 ss.

rigenerazione delle risorse ecosistemiche, sembra, nondimeno, permanere l'interrogativo sul se le innovazioni dianzi richiamate si rivelino idonee a denotare una rideterminazione dei termini del bilanciamento tra le contrapposte istanze.

L'impostazione prescelta dal Legislatore sovranazionale ed interno, sostanzialmente improntata alla ricerca di un adeguato temperamento tra gli interessi pubblici testé menzionati, quale riveniente dalla disamina della *ratio legis* che ispira la complessiva intelaiatura normativa, induce a propendere per una soluzione dell'interrogativo in precedenza richiamato la quale sia improntata alla sostanziale continuità con le linee di fondo tracciate dal previgente quadro disciplinare.

Collocandosi in tale ordine di idee, pur nell'assenza di espliciti rimandi in seno alla norma, la ricognizione dei principi generali informanti l'operato delle pubbliche amministrazioni induce non peregrinamente a ritenere che la legittimità dell'apposizione di clausole della *lex specialis* di gara le quali includano tra i requisiti speciali di capacità tecnica per l'ammissione al confronto competitivo l'applicazione di misure di gestione ambientale da parte dell'operatore economico si riveli pur sempre condizionata al compimento di un giudizio prognostico che, oltre ad involgere l'afferenza del criterio rispetto alle caratteristiche tipologiche della prestazione da aggiudicare, concerna l'astratta idoneità del requisito previsto rispetto al conseguimento della finalità prefissata, il vaglio circa la sussistenza di misure alternative atte a consentire la realizzazione degli obiettivi prefissati con una minore compressione per gli interessi compresenti⁴³³ e la valutazione degli effetti da quest'ultimo potenzialmente dispiegati sulle concrete possibilità di partecipazione al confronto competitivo e di aggiudicazione della commessa.

Con l'effetto di indirizzare l'esercizio del potere amministrativo verso la ricerca di una soluzione idonea ad arrecare il minor pregiudizio possibile all'interesse pubblico alla contendibilità della commessa, subordinando la legittimità della clausola capitolare al riscontro, in relazione alla fattispecie concreta, dell'osservanza dei principi di proporzionalità e del *favor participationis*,

In favore della percorribilità della soluzione testé menzionata sembrerebbe, inoltre, militare l'espresso disposto di cui all'art. 58, par. 1, ultimo alinea, Dir. 2014/24/UE, nella parte

⁴³³ Ciò che sembrerebbe non senza ragione importare il compimento di una preventiva valutazione in merito alla possibilità di integrare il requisito ambientale attraverso la previsione di condizioni di esecuzione del contratto.

in cui, nel dettare la disciplina concernente l'ammissione dei partecipanti al confronto competitivo, sembrerebbe temperare i margini di apprezzamento riconosciuti in capo al pubblico committente circoscrivendo il novero dei requisiti di partecipazione eventualmente imponibili esclusivamente ai criteri atti a garantire, in relazione alla fattispecie concreta, la sussistenza, in capo all'offerente, delle capacità tecniche, organizzative e professionali necessarie alla corretta esecuzione delle prestazioni dedotte in contratto e non eccedenti la finalità da ultimo richiamata, ancorando l'esercizio del potere di valutazione tecnica alla concreta osservanza del principio di proporzionalità.

Elementi di opacità potrebbero, pur tuttavia, alla luce del mutato quadro disciplinare, profilarsi in relazione all'adozione della sanzione espulsiva nei confronti del concorrente il quale non disponga delle referenze probatorie nominativamente indicate ⁴³⁴dalla *lex specialis* di gara.

È noto, al riguardo, come l'attuale disciplina, valorizzando gli incentivi derivanti dalla partecipazione a sistemi di certificazione, comprima la facoltà del ricorso alla documentazione suppletiva, condizionandone l'ammissibilità alla sussistenza di un duplice ordine di condizioni da soddisfare congiuntamente⁴³⁵.

La prima involgente la dimostrazione della non imputabilità all'operatore economico della carenza della richiesta referenziale, la seconda concernente la dimostrazione dell'adozione di misure di gestione ambientale equivalenti rispetto ai requisiti imposti dalle clausole capitolari. Il rimando ai principi generali testé rammentati sembrerebbe, tuttavia, idoneo a diradare tali opacità, condizionando l'adozione del provvedimento di esclusione e, mediatamente, il

⁴³⁴ Sulle conseguenze derivanti sull'esercizio del potere di valutazione commesso in capo al seggio di gara dalla produzione, da parte dell'operatore economico, di un'attestazione difforme rispetto a quelle individuate dalla disciplina speciale di gara, con particolare riguardo alle ipotesi di allegazione di certificazioni rilasciate da organismi non accreditati, è stato consentito rinviare alle statuizioni rese, sia pur in relazione alla disciplina *ratione temporis* vigente, da Cons. Stato, V, 13 ottobre 2016, n. 4238.

⁴³⁵ Sia, sul punto, consentito richiamare le conclusioni rassegnate dal Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, I, 4 dicembre 2018, n. 1114, laddove, in relazione al requisito della non imputabilità del mancato possesso delle referenze probatorie atte ad attestare l'implementazione di sistemi di gestione ambientale, il giudice adito, richiamandosi all'indirizzo interpretativo consolidatosi in relazione all'ammissibilità di prove alternative all'attestazione della qualità aziendale dell'organizzazione produttiva, ha rimarcato che: «l'inciso "qualora gli operatori economici interessati non avessero la possibilità di ottenere tali certificati entro i termini richiesti per motivi non imputabili agli stessi operatori economici" restringe infatti entro i limiti della prova della non imputabilità, che, in termini semplificati, consiste nella assenza di colpa, la possibilità di comprovare altrimenti l'impiego di misure di garanzia della qualità equivalenti a quelle la cui dimostrazione è, anzitutto, affidata alla produzione in gara di una determinata certificazione»

concreto episodio di esercizio del potere amministrativo di valutazione tecnica all'osservanza del canone di proporzionalità.

Dal momento che gli interrogativi sollevati dalla disposizione afferiscono al concreto esercizio del potere amministrativo di valutazione ad opera della commissione giudicatrice, involgendo, in particolare, la formulazione del giudizio in merito alla soddisfazione delle condizioni normativamente previste, legandosi inevitabilmente ai limiti alla sindacabilità delle valutazioni all'uopo espresse, gioverà concentrare su di essi l'attenzione nel prosieguo.

2.1. La suscettibilità di avalimento delle certificazioni di qualità ambientale: la mediazione tra garanzia dell'affidabilità del contraente e valorizzazione dell'interesse participationis.

La delicatezza e la significatività dei risvolti correlati alla carenza, in capo agli operatori economici potenzialmente interessati all'aggiudicazione della pubblica commessa, delle referenze idonee ad attestare l'adozione di misure di gestione ambientale –*recte* dalla mancata valutazione ed attestazione delle *performances* ambientali complessivamente raggiunte dal compendio economico-produttivo– sul piano della perimetrazione dei soggetti ammessi al confronto competitivo⁴³⁶, induce a ritenere imprescindibile l'indirizzare il discorso verso la disamina di un ulteriore profilo problematico, inestricabilmente connesso alla tendenza ad ascrivere un'indiscutibile posizione di centralità e, del pari, valore scriminante alle certificazioni ambientali di processo tanto in relazione alla formulazione del giudizio prognostico sull'idoneità tecnica e professionale del potenziale aggiudicatario rispetto alla proficua e regolare esecuzione delle prestazioni dedotte in contratto, quanto in ordine all'esercizio del potere di valutazione circa la rispondenza della documentazione prodotta ed allegata dal concorrente rispetto all'integrazione dei requisiti prescritti.

Collocandosi in tale ordine di idee, si ritiene opportuno dirigere lo sguardo dalle considerazioni involgenti la consistenza dei vincoli posti all'esercizio del potere amministrativo di valutazione tecnica in merito all'*an* dell'introduzione di clausole orientate al perseguimento di istanze di sostenibilità ambientale, agli interrogativi concernenti la possibilità, per l'aspirante

⁴³⁶ La quale, al pari di quanto si sia in precedenza tentato di porre in rilievo, sembrerebbe rivelarsi viepiù emergente laddove si ponga mente alla caratterizzazione, riveniente dal vigente addentellato normativo, della facoltà di ricorso alla documentazione probatoria suppletiva in termini di residualità ed eccezionalità.

aggiudicatario, di supplire alla carenza delle referenze prescritte dalla *lex specialis* di gara facendo leva sulle capacità tecniche e professionali di operatori economici terzi, *recte*, ad indirizzare il ragionamento verso la prospettiva dell'eventuale riconducibilità della certificazione di qualità ambientale entro il più ampio perimetro dei beni giuridici disponibili, suscettibili di circolazione e di valutazione economica⁴³⁷.

L'indugio sul tema, pur nell'assenza di espliciti rimandi in seno all'addentellato legislativo, rinviene una propria ragione giustificativa nella considerazione per la quale tali profili sembrano mostrarsi, almeno potenzialmente, atti ad evidenziare l'esigenza di mediazione tra il riconoscimento di considerevoli margini di apprezzamento in capo al pubblico committente relativamente all'attività di definizione e di specificazione degli indici preordinati garantire il perseguimento dell'interesse pubblico primario immediatamente correlato all'indizione del procedimento di valutazione comparativa e la garanzia delle situazioni giuridiche attive vantate dall'aspirante contraente e, segnatamente, alla posizione di interesse alla partecipazione— il quale ultimo, come noto, costituisce un più specifico riflesso dell'interesse pubblico alla concorrenzialità del mercato dei pubblici affidamenti—, contribuendo ad illuminare, collateralmente e mediamente, la determinazione dei termini del bilanciamento tra gli interessi confliggenti che si stagliano sullo sfondo dei procedimenti di aggiudicazione, nonché a porre in evidenza gli elementi di alterità ed i profili di frizione che emergano dal raffronto tra le soluzioni codificate nel panorama nazionale ed il disegno tracciato sul versante ordinamentale sovranazionale .

Cionondimeno, la risoluzione del nodo interpretativo dianzi richiamato, che si rivela, di non poco momento, è destinata ad intrecciarsi inestricabilmente con la qualificazione giuridica da ascrivere alle attestazioni della qualità ambientale dei sistemi e processi produttivi nel contesto della disciplina settoriale in tema di aggiudicazione delle pubbliche commesse, postulando il prendere le mosse dal problema involgente l'astratta riconducibilità delle relative referenze probatorie, *recte* dei requisiti e delle caratteristiche soggettive ed oggettive accertati, nel novero dei requisiti di idoneità professionale ovvero di capacità tecnico-organizzativa del potenziale contraente.

⁴³⁷ Sulle problematiche correlate al carattere di necessaria onerosità della messa a disposizione dei requisiti di qualificazione, sia consentito rinviare a F. Cintioli, *L'avalimento tra principi di diritto comunitario e disciplina dei contratti pubblici*, in *Riv.it.dir.pubbl.comuniario*, 2011, 6, 1421 ss.

La rilevanza dell'interrogativo, la quale sembrerebbe manifestarsi con singolare nitore non soltanto in una dimensione teorica, bensì in relazione ai relativi risvolti sul piano pratico ed applicativo e, correlativamente, l'esigenza di una chiarificazione dei termini della questione sembrerebbero poter essere limpidamente apprezzati laddove si ponga mente a due ordini di considerazioni.

Da un canto la determinazione, intesa in una prospettiva di carattere generale, della qualificazione giuridica da ascrivere alle attestazioni della qualità ambientale sortisce non trascurabili effetti in relazione alla determinazione della latitudine dei margini di intervento astrattamente riconoscibili in capo all'amministrazione committente quanto alla valorizzazione dell'osservanza di standard e norme tecniche di rilievo ambientale nella conduzione dei processi produttivi e della complessiva attività gestionale e dell'incidenza di queste ultime sulle caratteristiche qualitative, *recte*, per utilizzare un'espressione di sintesi, sul pregio delle soluzioni tecnico-progettuali elaborate dal contraente, sul piano della predeterminazione degli indici e dei criteri ai quali ancorare la selezione della miglior offerta.

Dall'altro, ed in misura decisamente più consistente—giacché irrimediabilmente destinata a correlarsi alle limitazioni da quest'ultimo rivenienti alle concrete possibilità di esercizio dell'iniziativa economica—, la ricomprensione delle referenze delle quali si discorre nell'una ovvero nell'altra classificazione tipologica condizioni la possibilità, per l'operatore economico sprovvisto del requisito, di prendere parte al confronto competitivo sia concorrendo in forma congiunta, attraverso il ricorso alle molteplici figure aggregative legislativamente contemplate⁴³⁸ sia, per quel che più rileva, attraverso il ricorso all'istituto dell'avvalimento⁴³⁹ per sopperire alla carenza del requisito imposto dalla *lex specialis* di gara.

Esulerebbe dalle finalità della presente indagine il ripercorrere analiticamente e nelle proprie intime implicazioni il percorso evolutivo che, sul versante ordinamentale sovranazionale, abbia condotto dalle iniziali resistenze alla definitiva consacrazione dell'istituto

⁴³⁸ Il riferimento corre, in particolare, alla costituzione di raggruppamenti temporanei di imprese. Sul punto, sia consentito rinviare a F. Cardarelli, *Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinati di operatori economici*, in M.A. Sandulli e R. De Nictolis, *Trattato sui contratti pubblici*, II, Milano, 2019, 623 ss., E. Gentile, *Joint venture (contratti pubblici)*, in *Dig.disc.pubbl.*, aggiornamento, VII, Torino, 2017, 1, ss. M. Mazzamuto, *I raggruppamenti temporanei di imprese tra tutela della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, in *Riv.it.dir.pubbl.comunitario*, 2003, I, 179 ss., S. Baccarini, *L'associazione temporanea di imprese*, in R. Villata (a cura di), *L'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2001, G. Di Rosa, *L'associazione temporanea di imprese*, Milano, 1998, D. Bonvicini, *Associazioni temporanee di imprese*, in *Enc.giur.*, II, Roma, 1988, 1ss.

⁴³⁹ La bibliografia in tema di avvalimento è vastissima. Sia, la riguardo, consentito rinviare, senza pretesa di esatività a N. Paolantonio, *L'avvalimento*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010, 521 ss., S. Vinti, *L'avvalimento e l'impossibile compromesso tra direttive comunitarie e principi nazionali*, in *Foro amm., Tar.*, 2006, 1177 ss.

da ultimo richiamato in seno alla disciplina settoriale chiamata a governare l'indizione e l'aggiudicazione delle pubbliche commesse, né per tentare di evidenziare le ragioni che si ponessero alla base delle criticità riscontrate in sede di recepimento delle relative disposizioni nell'ordinamento nazionale, determinando il profilarsi di elementi di opacità in relazione alla compatibilità del quadro normativo nazionale rispetto all'architettura riveniente dal diritto derivato sovranazionale⁴⁴⁰.

Sia, pertanto, consentito limitarsi, nella presente sede, a rammentare il fatto che l'ambito di applicazione oggettivo dell'istituto sia circoscritto ai requisiti di capacità economica, tecnica e professionale ⁴⁴¹ dell'operatore economico, cui si correla l'esplicita esclusione della facoltà, per l'aspirante controparte contrattuale, di dimostrare la disponibilità, mercé la stipulazione del contratto di avvalimento, dei requisiti generali e di idoneità professionale⁴⁴² prescritti dalla disciplina speciale di gara.

È noto che la configurazione complessivamente assunta dall'intelaiatura legislativa abbia propiziato l'emersione di non peregrini interrogativi in relazione alla suscettibilità di circolazione e, dunque, di dimostrazione in via indiretta, degli elementi che, benché nominativamente ricompresi tra i requisiti di capacità tecnica, inerissero a caratteristiche soggettive dell'organizzazione produttiva, *recte* allo status dell'operatore economico e pur non afferendo in via diretta alle caratteristiche qualitative del prodotto ovvero del servizio oggetto di affidamento, si palesassero, ciononostante, funzionali a garantire il pubblico committente circa l'affidabilità tecnico-professionale del potenziale contraente, riflettendosi, mediamente, sulla qualità dell'adempimento delle obbligazioni dedotte in contratto.

Interrogativi, quelli testé sinteticamente richiamati, la rilevanza dei quali sembrerebbe essere viepiù accresciuta laddove si rivolga l'attenzione all'attuale intelaiatura codicistica, nella misura in cui, nel riproporre, tanto nella sostanza, quanto nel tenore letterale le conferenti disposizioni di derivazione sovranazionale, non menziona esplicitamente le misure di gestione

⁴⁴⁰ Sul punto, sia consentito rinviare alle acute riflessioni formulate da F. Cintioli, *L'avvalimento tra*

⁴⁴¹ Si veda, in particolare, il disposto di cui all'art. 89, comma primo, D.L.g. n. 50/2016

⁴⁴² Sia, al riguardo, consentito rinviare a R. Greco, F. Pignatiello, A.G. Pietrosanti, M. Nunziata, V. Di Iorio e G.A. Giuffrè, *Requisiti generali*, in M.A. Sandulli e R. De Nictolis, *Trattato sui contratti pubblici*, II, Milano, 2019, 756 ss. ed all'ampia bibliografia ivi citata.

ambientale eventualmente adottate dall'operatore economico nel novero dei requisiti speciali di capacità tecnica⁴⁴³.

Ciononostante, a simili conclusioni sembrerebbe potersi pervenire in via interpretativa e, segnatamente, muovendo dai rimandi emergenti dal disposto dell'art. 83, comma sesto, primo alinea e, correlativamente, dall'inclusione delle relative attestazioni tra i mezzi di prova atti a comprovarne il possesso in seno alla disposizione di cui all'art. 86.

La valorizzazione dell'inerenza dei parametri e dei criteri oggetto di positiva verifica ed attestazione all'organizzazione produttiva complessivamente considerata e, segnatamente, l'eventuale riverberarsi di tale connotato sull'integrazione del requisito positivamente consacrato dalla disciplina dell'istituto dell'avvalimento— il quale ultimo si sostanzia, come noto, nella dimostrazione della concreta ed effettiva disponibilità, in capo all'aspirante contraente, delle risorse e dei mezzi tecnici, oggetto dell'attestazione della qualità, *prestati* dall'impresa ausiliaria— ha, al riguardo, costituito una tra le linee di fondo dalle quali hanno tratto alimento gli orientamenti ermeneutici alquanto restrittivi originariamente emersi nell'elaborazione pretoria nazionale⁴⁴⁴ e consolidatisi negli indirizzi interpretativi formulati dall'autorità di vigilanza sui contratti pubblici⁴⁴⁵.

Ed invero, muovendo dalla scissione intercorrente tra la titolarità formale del rapporto contrattuale e la qualità di materiale esecutore della prestazione, ovvero, in una prospettiva di

⁴⁴³ Si vedano, al riguardo, le conclusioni da ultimo rassegnate dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria, I, 1 febbraio 2021, n. 78, ove il giudice adito, valorizzando la collocazione sistematica delle attestazioni di qualità ambientale tra le referenze probatorie della capacità tecnico-organizzativa del concorrente, ha rimarcato il fatto che: *“La certificazione di qualità, attiene all'organizzazione e ai processi aziendali di produzione, viene conseguita a seguito della conformazione dell'organizzazione ad una serie di norme relative ai processi produttivi e viene accertata da un ente indipendente. La natura eminentemente soggettiva di tale certificazione emerge in maniera inequivocabile dalla sua disciplina. Tale certificazione è semplicemente l'attestazione di un “modo di essere” dell'impresa che non può essere “prestato” con l'avvalimento se non a determinate, ed estremamente rigorose, condizioni. Infatti, stante la natura della certificazione, deve essere escluso ogni prestito meramente cartolare della stessa pena la frustrazione dello scopo per cui tale requisito è imposto. In linea di principio, pertanto, l'avvalimento della certificazione di qualità deve essere escluso.”*

⁴⁴⁴ Si vedano, in particolare, le conclusioni rassegnate da Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Palermo, II, 29 luglio 2015, n. 1989.

⁴⁴⁵ Sia, al riguardo, consentito richiamare le conclusioni rassegnate dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, nel parere di precontenzioso emanato con deliberazione 27 luglio 2017, n. 837, in relazione all'istanza formulata da un operatore economico escluso dalla partecipazione da un procedimento di valutazione comparativa sulla scorta del riscontro dell'indeterminatezza e della genericità del contratto di avvalimento stipulato onde integrare il requisito del possesso della certificazione di qualità ambientale della serie ISO 14001 richiesto a pena di esclusione dalla *lex specialis* di gara, ove l'autorità di vigilanza, nel richiamarsi ai propri precedenti indirizzi, aveva ribadito l'insuscettibilità di avvalimento delle certificazioni di qualità ambientali, in particolare predicandone la riconducibilità ai requisiti di natura soggettiva, come tali non scindibili dall'operatore economico e dal relativo compendio aziendale.

carattere generale, delle obbligazioni dedotte in contratto e dalle conseguenze da queste ultime sortite in ordine alla garanzia dell'interesse pubblico alla selezione del miglior offerente, tali indirizzi inferivano la non suscettibilità di ricorso all'avvalimento per l'integrazione del requisito del possesso delle certificazioni di qualità aziendale od ambientale, legittimando la comminatoria della sanzione espulsiva nei riguardi del concorrente il quale fosse addivenuto alla stipulazione del relativo negozio e, di converso, l'illegittimità, *sub specie* di violazione di legge, delle clausole del disciplinare di gara le quali espressamente facoltizzassero l'integrazione del requisito attraverso il ricorso all'istituto de quo⁴⁴⁶.

Dalle notazioni che precedono, emerge la considerazione per la quale il consolidamento degli indirizzi interpretativi da ultimo richiamati si rivelasse intimamente correlato ad una ricostruzione dei termini del bilanciamento tra la garanzia dell'interesse dell'amministrazione e le esigenze di tutela delle situazioni giuridiche soggettive vantate da coloro i quali aspirassero a partecipare al confronto competitivo la quale rinveniva un *proprium* nell'iscrizione, in capo alla prima, di una posizione di sostanziale preminenza rispetto alle seconde, ponendosi, pertanto, in posizione di ideale continuità con le acquisizioni che— al pari di quanto si sia in precedenza tentato di porre in rilievo, nel primo turno del secolo Ventesimo, nel panorama dogmatico nazionale avevano preluso alla concettualizzazione del modulo procedimentale dell'evidenza pubblica, e sul piano della legislazione positiva avevano dischiuso la via all'adozione del primo ed organico *corpus* normativo volto a disciplinare l'aggiudicazione delle pubbliche commesse, il quale ultimo degli assunti testé richiamati sembrava essere in larga misura tributario.

La posizione dell'accento sull'indifettibilità del temperamento tra le esigenze di garanzia dell'affidabilità del contraente in possesso dei requisiti prescritti *recte*, tra il riconoscimento di margini di apprezzamento tecnico-valutativo in capo all'amministrazione in punto di determinazione degli indici ai quali ancorare il riscontro della serietà dell'offerta e dell'offerente da un canto, e le istanze pro-competitive costituenti il fulcro della previgente regolazione, non disgiunte dall'affermazione di una relazione di diretta consequenzialità tra la rispondenza delle modalità di conduzione dell'attività del compendio produttivo rispetto a standard predeterminati ed indipendentemente accertati ed il conseguimento della capacità tecnica necessaria in vista della proficua e regolare esecuzione delle prestazioni hanno

⁴⁴⁶ Così, in particolare, Cons. Stato, III, 25 febbraio 2014, n. 887.

costituito alcune tra le molteplici direttrici lungo le quali si sono sviluppate linee interpretative tendenti a mitigare l'automatismo della sanzione espulsiva, con la conseguenza di legittimare, in linea di principio, il ricorso all'avvalimento⁴⁴⁷ per la soddisfazione dei requisiti prescritti dalla *lex specialis* di gara.

Ciò che, collocandosi sul piano teorico e, segnatamente, traguardando la questione dalla prospettiva del concreto atteggiarsi del potere amministrativo in relazione alla tematica che ci occupa, sembrerebbe sortire l'effetto di determinare una compressione dei margini di esercizio del potere riservato di valutazione tecnica commesso in capo all'amministrazione committente, temperando, conseguentemente la libertà valutativa riconosciuta al pubblico affidante seguendo un'impostazione chiaramente improntata a non arrecare un pregiudizio non giustificabile all'interesse pubblico all'ampliamento della platea dei potenziali offerenti.

Una modulazione, quella da ultimo richiamata, la quale sembrerebbe, cionondimeno, poter essere non senza ragione rintracciata nel quadro disciplinare attualmente vigente, il quale si caratterizza, anche in relazione alle fattispecie *de quibus*, per l'istituzione di un rapporto di equilibrio tra la garanzia dell'effettiva contendibilità della commessa e la latitudine dei margini di apprezzamento riconosciuti in capo al seggio di gara.

Equilibrio il quale sembrerebbe non peregrinamente poter essere inferito laddove si ponga mente al fatto, al riconoscimento di una posizione di indiscutibile rilievo all'interesse serbato dall'aspirante aggiudicatario a partecipare al confronto competitivo facendo leva sulle capacità tecniche di operatori economici terzi rispetto all'aspirante contraente e, dunque, alla valorizzazione del *favor participationis*, si giustappongano, nondimeno, cautele funzionali a elidere le conseguenze derivanti, sul piano della corretta esecuzione della commessa, dalla messa a disposizione esclusivamente cartolare dei requisiti prescritti.

⁴⁴⁷ Sia, al riguardo, consentito richiamare le conclusioni rassegnate da Cons. Stato, V, 28 giugno 2016, n. 2903, relativa all'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione e della *lex specialis* di gara in una procedura per l'affidamento dei servizi di igiene urbana. Laddove il giudice adito, ripercorrendo gli indirizzi interpretativi consolidatisi e muovendo dalla considerazione per la quale: “la distinzione fra requisiti soggettivi e requisiti oggettivi, riferiti alle imprese partecipanti alle gare, perdono la loro chiarezza ed intelleggibilità ed entrano in una zona di indeterminazione una volta che il loro referente fondamentale sia divenuto la capacità tecnica” e ponendo in rilievo il fatto che: “l'art. 44 del d.lgs. n. 163 del 2006 richiama l'art. 42, comma 1, lett. f) d.lgs. cit. che individua fra i modi di in cui è possibile fornire “la dimostrazione delle capacità tecniche” l'indicazione “delle misure di gestione ambientale che l'operatore potrà applicare durante la realizzazione dell'appalto”, ne aveva dedotto l'ascrivibilità nel novero dei requisiti di capacità tecnica suscettibili di essere dimostrati attraverso il ricorso all'avvalimento.

Spostando l'attenzione dai profili teorici al piano della disciplina positiva, è sulla scorta di tali considerazioni che sembrerebbero poter essere giustificati i penetranti obblighi documentali⁴⁴⁸ ed informativi⁴⁴⁹ posti in capo all'aspirante contraente, con particolare riguardo all'indefettibilità dell'allegazione non soltanto del contratto stipulato con l'avvalente, bensì della dichiarazione di impegno⁴⁵⁰ da quest'ultimo sottoscritta.

Elementi tutti, quelli testé rammentati, di per sé potenzialmente idonei a comportare una significativa espansione del perimetro della potestà di apprezzamento valutativo riservata al seggio di gara in relazione al riscontro dell'effettività e della serietà dell'impegno derivante dall'accordo negoziale, i quali ripropongono, sebbene con esclusivo riguardo alla dimensione applicativa, le problematiche involgenti la determinazione del grado di effettività della tutela delle posizioni giuridiche soggettive vantate dagli operatori economici potenzialmente pregiudicate dall'illegittimo esercizio del potere di valutazione tecnica.

Una considerazione, quella da ultimo descritta, la quale sembrerebbe viepiù imporsi laddove si ponga mente al fatto che al parziale diradamento delle opacità caratterizzanti l'ammissibilità, in via astratta, del ricorso all'istituto dell'avvalimento onde integrare i requisiti di capacità tecnica a connotazione soggettiva si giustapponga, purtuttavia, il permanere di profili di incertezza in relazione alla determinazione dei requisiti di validità del contratto all'uopo stipulato⁴⁵¹—ciò che sembrerebbe poter essere apprezzato con particolare riguardo al

⁴⁴⁸ E, segnatamente, l'allegazione del contratto di contratto di avvalimento stipulato con l'impresa ausiliaria. Con particolare riguardo al contenuto del contratto di avvalimento nelle ipotesi di messa a disposizione delle certificazioni di qualità ambientale, sia consentito rinviare alle conclusioni rassegnate da Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, I, 13 luglio 2018, n.1012: *“Pur in un contesto caratterizzato dalla stretta attinenza della certificazione di qualità all'intera struttura aziendale e non a settori suscettibili di isolata considerazione, appare [...] di tutta evidenza come il contratto di avvalimento non possa ridursi alla sola utilizzazione del requisito da parte di un soggetto che ne sia sprovvisto, ma debba contenere un minimo di indicazioni concrete necessarie ad evidenziare come l'interesse tutelato dalla certificazione possa essere garantito anche nell'esecuzione della prestazione da parte del concorrente non in possesso del requisito; altrimenti, saremmo in presenza di un meccanismo puramente formale e che permetterebbe sostanzialmente la partecipazione alla procedura e l'esecuzione della prestazione contrattuale da parte di soggetti certamente non in possesso dei requisiti indispensabili previsti dalla lex specialis della procedura.”*

⁴⁴⁹ Ci si riferisce, in particolare, all'obbligo di presentazione delle referenze attestanti il possesso, in capo all'impresa ausiliaria dei requisiti generali e speciali di qualificazione. Sia, al riguardo, consentito rinviare a C. Zucchelli, *L'avvalimento*, in M.A. Sandulli e R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, II, Milano, 2019, specie 1285 ss.

⁴⁵⁰ Si vedano, al riguardo le statuizioni rese da Cons. Stato, V, 4 giugno 2020, n. 3506, laddove il giudice adito ha escluso la sanabilità, mercé il ricorso al soccorso istruttorio, dell'omessa produzione della dichiarazione di impegno dell'avvalso.

⁴⁵¹ Opacità, le quali, come noto, hanno condotto all'elaborazione, in via pretoria, della distinzione tra le *species* dell'avvalimento tecnico-operativo e dell'avvalimento di garanzia, relativamente alle quali, alla diversità ontologica intrinsecamente correlata alla tipologia dei requisiti di qualificazione oggetto di circolazione a mezzo del modulo

grado di dettaglio nella determinazione dell'oggetto contrattuale– il riscontro dei quali, ad opera della commissione di gara, implica l'esercizio del potere di valutazione tecnica incentrato sul vaglio dell'adeguatezza delle risorse prestate, accompagnandosi alle limitazioni che tradizionalmente caratterizzano la latitudine del sindacato giudiziario sulle valutazioni all'uopo espresse⁴⁵² sulle quali si concentrerà l'attenzione nel prosieguo.

2.2. *La giustiziabilità dell'interesse participationis serbato dall'aspirante aggiudicatario e i confini del sindacato giurisdizionale in merito alla previsione di requisiti di qualificazione a contenuto ambientale.*

Così sommariamente ricostruite le linee evolutive dalle quali è stata interessata la configurazione della disciplina chiamata a presiedere all'espletamento dell'attività di preventiva individuazione e di determinazione, dei requisiti minimi di capacità condizionanti l'ammissione al procedimento di valutazione comparativa e ripercorse le ragioni giustificative le quali si sullo sfondo di tale mutamento di paradigma, è ora opportuno porre l'accento sulle conseguenze che potrebbero rivenire, traguardando la relativa questione dall'angolo prospettico concernente la ricognizione delle limitazioni di carattere funzionale frapposte all'esercizio del potere amministrativo, dall'espansione, almeno *prima facie* percepibile, dei margini di apprezzamento devoluti in capo alle amministrazioni committenti in relazione alla conformazione delle clausole della *lex specialis* di gara in chiave ecologicamente orientata.

La profondità e la rilevanza degli elementi di alterità che sembrerebbero aver caratterizzato il trapasso dal previgente all'attuale assetto regolatorio, con particolare riguardo all'apparente relativizzazione della portata precettiva del principio di concorrenza nella complessiva economia della regolazione dei procedimenti di valutazione comparativa persuadono ad indirizzare il discorso verso la risoluzione degli interrogativi che si attagliano sull'idoneità di

negoziale (*id est*, in relazione alla prima fattispecie, requisiti di capacità tecnica e professionale; con riguardo alla seconda requisiti di solidità economico-finanziaria) si accompagna un differente grado di analiticità nell'indicazione delle prestazioni dedotte nel contratto di avvalimento, *recte* dei requisiti messi a disposizione dall'operatore economico avvalso. Sia, sul punto, consentito richiamare le conclusioni rassegnate da Cons. Stato, ad. plen., 4 novembre 2016, n. 23.

⁴⁵² Sia, sul punto, consentito richiamare alla memoria le conclusioni rassegnate dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Milano, IV, 6 luglio 2020, n. 1288, laddove il giudice adito ha rimarcato il fatto che, in ordine alla valutazione in merito all'adeguatezza delle risorse prestate, il sindacato giurisdizionale sia di tipo estrinseco.

tali innovazioni a denotare un'integrale revisione dei termini del bilanciamento tra i principi e gli interessi pubblici che si stagliano sullo sfondo del singolo procedimento concorsuale.

Ciò che si intende valutare con riguardo all'eventuale recessività del principio di concorrenza e degli ulteriori principi ed interessi che a quest'ultimo risultino intimamente correlati rispetto al perseguimento delle istanze di sostenibilità ambientale, nel più generale contesto della tendenza al piegamento del contratto pubblico a perseguimento di interessi pubblici generali, travalicanti l'esecuzione della singola commessa e che con quest'ultima si pongano soltanto mediatamente in relazione.

Traguardando la questione sul piano del diritto sostanziale, la complessiva architettura normativa e il rimando ai principi generali informanti l'agere delle pubbliche amministrazioni, con particolare riguardo alla posizione da ascrivere, quanto al settore dei pubblici affidamenti, ai principi di parità di trattamento e di non discriminazione ed alla posizione di strumentalità, rispetto alla garanzia di questi ultimi, rivestita dalla garanzia libero gioco della concorrenza e, laddove si estenda lo sguardo alla generalità delle manifestazioni dell'azione dei pubblici poteri, al principio di proporzionalità conducono ad escludere che a tali conclusioni possa giungersi, come sembrerebbe dato inferire dai temperamenti con i quali il Legislatore euro-unitario dapprima e, indi, nazionale, hanno circondato gli spazi riservati alla libera determinazione dell'amministrazione committente.

Queste ultime, riflettendo l'ispirazione pro-concorrenziale del quadro disciplinare, sortiscono l'effetto di condizionare e conformare l'esercizio del potere pubblicistico alla ricerca di un punto di equilibrio tra le contrapposte istanze, in guisa da consentire il perseguimento dell'interesse considerato prevalente con il minor sacrificio possibile dell'interesse che venga ad assumere, in relazione alla fattispecie concreta, una connotazione in termini di recessività.

Se, dunque, le limitazioni apposte all'esercizio della potestà pubblicistica sembrano pianamente inferibili, rivelandosi improntate a coniugare il perseguimento di interessi generali trascendenti il singolo contratto di appalto con la garanzia dell'assenza di surrettizie ed ingiustificate compressioni dell'assetto concorrenziale dei pubblici affidamenti e, correlativamente, con le esigenze di tutela dell'aspettativa dei potenziali contraenti alla partecipazione al procedimento di valutazione comparativa in condizioni di apertura e parità, si ritiene, tuttavia, imprescindibile volgere lo sguardo ai risvolti di natura problematica i quali sembrerebbero poter profilarsi in sede di attuazione del dettato normativo.

Ciò che, per così dire, *naturaliter* sembrerebbe richiedere di tralasciare le relative questioni spostando lo sguardo dal piano del diritto sostanziale per indirizzare l'attenzione verso la dimensione processuale, la quale ultima si dimostra un angolo visuale privilegiato in vista della compiuta comprensione della reale portata delle problematiche eventualmente emergenti nonché della valutazione concernente l'astratta sussistenza di strumenti e di criteri che ne consentano la risoluzione.

Ponendo la questione in termini parzialmente diversi, sebbene dall'addentellato legislativo emergano tanto la perimetrazione dei confini dell'esercizio della potestà pubblicistica di matrice valutativa che si sostanzia nella definizione dei requisiti di capacità del potenziale aggiudicatario, quanto le non ininfluenti ripercussioni da quest'ultima sortite sulla latitudine dei margini di valutazione riconosciuti in capo al sedgio di gara nel porre nel riscontro dell'idoneità della documentazione allegata dal concorrente ad integrare e comprovare il possesso dei requisiti imposti dalla *lex specialis* di gara⁴⁵³, la considerazione per la quale si riscontrino profili di opacità quanto alla determinazione dell'effettiva consistenza delle prefate limitazioni in relazione alla fattispecie concreta, – *recte*, al grado con il quale queste ultime si riflettano sullo scrutinio della decisione amministrativa–, richiede di interrogarsi sulle modalità con le quali la graduazione del potere di valutazione si riverberi sulla garanzia e sull'effettività della tutela da riconoscere alle posizioni giuridiche attive vantate dagli aspiranti contraenti che siano eventualmente pregiudicate dall'illegittimo esercizio del potere amministrativo.

Le considerazioni che precedono postulano, in particolare, il volgere lo sguardo alle problematiche che involgono la definizione del perimetro e della profondità dello scrutinio in merito all'astratta legittimità della previsione di clausole del bando di gara, le quali, muovendo lungo le direttrici della valorizzazione dei criteri improntati al perseguimento di istanze di sostenibilità ambientale e condizionando la valutazione concernente l'idoneità tecnico-professionale dell'operatore economico al riscontro dell'adozione di misure di gestione ambientale ovvero alla pregressa esecuzione di lavori, servizi e forniture analoghi rispetto a

⁴⁵³ Ciò che, collocando la questione nel cono d'ombra dell'integrazione dell'interesse ambientale nel procedimento di valutazione comparativa, sembrerebbe poter essere apprezzato, per quanto di interesse, con precipuo riguardo all'espressione, ad opera della commissione di gara, del giudizio concernente la sostanziale equivalenza dell'attestazione di conformità dei sistemi di gestione ambientale eventualmente posseduta dal partecipante al confronto competitivo ma difforme dalle referenze nominativamente prescritte dalla *lex specialis* di gara ovvero, ed in misura altrettanto significativa, la sussistenza, in relazione alla fattispecie concreta, dei presupposti normativamente delineati per il riconoscimento dell'ammissibilità del ricorso alla documentazione probatoria suppletiva.

quelli costituenti l'oggetto della commessa da aggiudicare e, per quanto di interesse, caratterizzati da un circoscritto impatto sulle risorse ecosistemiche, sortiscano, per ciò stesso, l'effetto di perimetrare al ribasso il novero dei potenziali offerenti.

In altri termini, quel che si intende vagliare nella presente sede è se l'osservanza del limite esterno posto dalle disposizioni legislative all'esercizio del potere amministrativo in relazione al segmento procedurale del quale si discorre— il quale è rappresentato, come noto, dalla garanzia dell'assenza di surrettizie ed ingiustificate alterazioni delle dinamiche concorrenziali del mercato dei pubblici affidamenti, connotandosi, in ragion di ciò, come uno specifico riflesso del carattere funzionale dell'attività posta in essere dal pubblico committente— e, in una più circoscritta accezione, la legittimità delle clausole del bando di gara definite dall'affidante pubblico, possano costituire, in relazione alla fattispecie concreta, oggetto di approfondito scrutinio, in rapporto alla configurazione assunta, nell'ordinamento giuridico nazionale, dai confini del sindacato giudiziale sugli atti e sui provvedimenti amministrativi espressivi di una potestà pubblicistica di matrice valutativa.

Un nodo interpretativo, quello da ultimo rammento, destinato ad intrecciarsi inestricabilmente con le questioni problematiche che si correlano alla determinazione della qualificazione giuridica da ascrivere alle posizioni concretamente esercitate dall'amministrazione committente all'atto della predisposizione, in parte, della disciplina speciale di gara.

Sebbene la questione sia, *prima facie*, destinata a rivestire una più decisiva pregnanza laddove sia traguardata da una prospettiva di teoria generale, e, segnatamente laddove sia sorretta dall'intento di ripercorrere dal punto di vista strutturale e funzionale le caratteristiche intrinseche delle molteplici *species* di potere amministrativo, onde delineare con precisione gli elementi di alterità atti a connotare queste ultime in rapporto alle posizioni giuridiche attive riscontrabili nelle relazioni che si svolgono *iure privatorum*, non sembra, ciononostante, che se ne possa sottacere l'estrema rilevanza anche sul piano pratico-applicativo.

Ciò che sembrerebbe vieppiù emergere laddove si ponga mente alle conseguenze che, in relazione alla tutela dell'interesse alla partecipazione al procedimento di valutazione comparativa, derivino dalla riconduzione del potere esercitato dall'amministrazione committente in una piuttosto che in altra classificazione concettuale.

Collocandosi in tale ordine di idee, non sembrerebbe peregrino l'affermare che possano estendersi le medesime conclusioni che si sono formulate con riguardo ai profili

problematici correlati alla concretizzazione, in sede di redazione della disciplina speciale di gara, delle caratteristiche minime indefettibili delle prestazioni da aggiudicare e, segnatamente, la considerazione per la quale la valutazione in merito alla legittimità delle scelte all'uopo adottate, con precipuo –sebbene non esclusivo– riguardo all'appropriatezza e pertinenza del requisito imposto rispetto alle caratteristiche tipologiche dell'aggiudicanda commessa, nonché alla determinazione dell'effettivo grado della compressione che derivi al complessivo assetto del mercato dei pubblici affidamenti ed alla relativa giustificabilità–, rinvengano un non trascurabile ostacolo nelle limitazioni apposte alla piena sindacabilità della valutazione amministrativa all'uopo assunta, destinate a riverberarsi sulla garanzia delle istanze partecipative.

La disamina del contenzioso involgente l'impugnazione delle clausole della *lex specialis* recanti la determinazione dei requisiti di capacità tecnica, e, segnatamente, il passaggio in rassegna delle oscillazioni in merito alla riconducibilità di queste ultime nel merito amministrativo, ovvero degli atti espressivi dell'esercizio di un potere di matrice discrezionale c.d. pura, *id est* riveniente nella comparazione e graduazione degli interessi confliggenti la propria cifra essenziale o delle valutazioni di fatti complessi compendiabili nella *species* della discrezionalità c.d. tecnica, con le conseguenze che ne derivano in ordine alla determinazione dei presupposti e dei limiti dello scrutinio giudiziale, sembrerebbero rivelarsi idonee a denotare che le problematiche delle quali si discorre si leghino a doppio filo con le altrettanto significative questioni involgenti la funzione assoluta dalla predeterminazione dei criteri ai quali ancorare il giudizio prognostico in merito all'idoneità del potenziale contraente in relazione all'adempimento delle obbligazioni nascenti dal contratto e la relazione tra gli interessi pubblici che vengano in rilievo nel contesto del procedimento di valutazione comparativa ed il concreto episodio di esercizio del potere amministrativo.

E, invero, con riguardo alla prima delle opzioni ricostruttive, la valorizzazione dell'assunto per il quale la previsione e la selezione dei requisiti idoneativi si ponesse in una relazione di strumentalità rispetto al perseguimento dell'interesse pubblico concreto correlato all'indizione del procedimento di valutazione comparativa e la posizione dell'accento sulla valenza meramente esemplificativa degli indici probanti la capacità tecnica dell'aspirante affidatario legislativamente contemplati, hanno costituito il crinale lungo il quale si sono sviluppati gli orientamenti giurisprudenziali tendenti a circoscrivere il perimetro della sindacabilità delle clausole del bando di gara concernenti la definizione dei livelli minimi di

capacità tecnica e professionale nei limiti ordinariamente correlati al modello di scrutinio imperniato sul riscontro delle figure sintomatiche dell'eccesso potere.

Con la conseguenza di subordinare la giustiziabilità delle posizioni giuridiche attive eventualmente lese dall'esercizio del potere di valutazione alla manifesta arbitrarietà, illogicità od irragionevolezza della determinazione assunta in rapporto al fine pubblico della procedura di aggiudicazione.

Approcciandosi al tema assumendo quale angolazione prospettica il rimando a considerazioni di teoria generale, tali conclusioni sembrerebbero dover essere respinte laddove, in particolare, sciverando la nozione di merito amministrativo dal concetto di potere discrezionale si circoscriviva il perimetro di quella alle valutazioni di opportunità e convenienza della decisione da assumere che non risentano dei condizionamenti derivanti dalla vigenza di un articolato apparato disciplinare volto a delimitare e conformare le concrete modalità di esercizio del potere amministrativo.

Valutazioni, quelle da ultimo richiamate, le quali, al pari di quanto si sia tentato di porre in rilievo *supra* sembrerebbero caratterizzare esclusivamente il momento pre-giuridico di selezione e comparazione degli interessi compresenti nel quale si sostanzia l'assunzione della decisione amministrativa vertente sull'*an* del procedimento di valutazione di comparativa, esaurendosi, dal punto di vista logico e cronologico, anteriormente all'adozione della deliberazione di contrarre.

Simili conclusioni sembrerebbero, del pari, dover essere respinte ove ci si collochi nella dimensione applicativa, sol che si ponga mente alla considerazione per la quale gli effetti conseguenti al consolidamento delle linee ermeneutiche da ultimo richiamate si sostanzino, fondamentalmente, in una svalutazione della portata precettiva del principio di proporzionalità, inteso nella duplice accezione di canone atto a conformare e variamente condizionare l'esercizio del potere amministrativo e di strumento atto a consentire una penetrante valutazione sul grado e sulla consistenza del potere esercitato.

Se, dunque, le considerazioni che precedono sembrano non peregrinamente avvalorare le linee di indirizzo tendenti a tracciare una netta distinzione tra l'esercizio del potere amministrativo in ordine alla scelta dei criteri ai quali ancorare il riscontro dell'affidabilità professionale del potenziale contraente e l'assunzione di una decisione attinente al merito amministrativo, sembrerebbero, nondimeno, permanere non trascurabili profili di incertezza

in relazione alla riconduzione delle fattispecie che del primo costituiscano espressione nel novero della discrezionalità amministrativa ovvero tecnica.

Sebbene la risoluzione di tale alternativa non sortisca effetti significativi in ordine alla perimetrazione dell'ambito delle decisioni effettivamente scrutinabili, specie laddove si propenda per un'estensione dei limiti del sindacato di legittimità al riscontro, in relazione alla fattispecie concreta, dell'effettiva proporzionalità⁴⁵⁴ della misura amministrativa concretamente adottata, permanendo entro il perimetro del sindacato c.d. debole, che sembrerebbe rivelarsi idoneo ad offrire soluzione alle problematiche involgenti la giustificabilità, in astratto, della compressione della platea degli offerenti conseguente alla previsione dei requisiti di capacità, maggior interesse sembrerebbe destare in relazione ai riflessi sulla praticabilità di un'ulteriore estensione dell'ambito della sindacabilità della valutazione amministrativa laddove se ne intenda scrutinare l'effettiva congruità e pertinenza rispetto alla natura ed alle caratteristiche del contratto da aggiudicare.

L'approccio adottato dalla giurisprudenza amministrativa, tanto di prime, quanto di seconde cure, sembrerebbe rivelarsi improntato all'imposizione di auto-vincoli alla sindacabilità della scelta, come potrebbe, in particolare, arguirsi dalla considerazione per la quale lo scrutinio—quand'anche non si riveli meramente enunciato ma effettivamente svolto—si arresti, in linea di principio, al limite della non manifesta incongruenza rispetto al contratto da aggiudicare, rivenendo una ragione giustificativa nel riconoscimento della devoluzione, in capo al pubblico di un potere discrezionale di matrice pura⁴⁵⁵, sostanzialmente non ripercorribile in via giudiziale, dal momento che rinverrebbe un *proprium* nell'esercizio dell'attività di volizione che si sostanzia nella ponderazione e graduazione degli interessi pubblici all'affidabilità e del contraente da un canto ed alla garanzia dell'apertura concorrenziale della

⁴⁵⁴ Tendenza, quest'ultima, almeno indirettamente emergente da taluni isolati arresti resi dalla giurisprudenza amministrativa nella seconda metà degli anni Novanta dello scorso secolo, lucidamente evidenziata da A. Sandulli, *La proporzionalità*, cit, specie 340 ss, cui si rinvia.

⁴⁵⁵ Sia, al riguardo, consentito richiamare alla memoria le conclusioni rassegnate da Cons. Stato, 9 agosto 2011, n. 4735: "L'amministrazione può introdurre nella *lex specialis* previsioni atte a limitare la platea dei concorrenti, onde consentire la partecipazione alla gara stessa di soggetti particolarmente qualificati, specie per ciò che attiene al possesso di requisiti di capacità tecnica e finanziaria, tutte le volte in cui tale scelta non sia eccessivamente quanto irragionevolmente limitativa della concorrenza. Nel bando di gara, l'amministrazione appaltante può quindi autolimitare il proprio potere discrezionale di apprezzamento mediante apposite clausole, rientrando nella sua discrezionalità la fissazione di requisiti di partecipazione ad una gara d'appalto diversi, ulteriori e più restrittivi di quelli legali, salvo il limite della logicità e ragionevolezza dei requisiti richiesti e della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito", assunto, quest'ultimo, sostanzialmente riproposto da ultimo da Cons. Stato, III, 2 marzo 2020, n. 1484, salvo che in relazione al corretto inquadramento del potere esercitato dall'amministrazione committente nell'alveo della discrezionalità tecnica.

commessa, con sostanziale assimilazione dei diversi profili nei quali è, almeno idealmente, scindibile l'esercizio del potere di valutazione.

Laddove, al contrario, si affermi che la ponderazione comparativa tra gli interessi compresenti preceda- limitandosi, al più, a riflettersi indirettamente su quest'ultima- l'attività volta a specificare i requisiti di qualificazione da richiedere in capo ai potenziali contraente, è giocoforza ritenere che tale valutazione, afferendo alle metodologie ed ai criteri con i quali garantire il perseguimento degli interessi pubblici come definiti e cristallizzati nella deliberazione di contrarre, sia riconducibile al paradigma delle valutazioni tecniche⁴⁵⁶, come tali, in linea di principio, scrutinabili quanto ai profili involgenti l'attendibilità della decisione espressa, con l'ulteriore corollario di configurare, per quanto di interesse, le istanze di sostenibilità ambientale alla stregua di uno tra i molteplici parametri atti a condizionare soltanto in via mediata l'esercizio del potere di valutazione, restando, purtuttavia ad esso esterni.

Un tema, quello dell'astratta possibilità di predicare, in relazione alle valutazioni costituenti manifestazione di discrezionalità tecnica, un più esteso ambito di sindacabilità il cui rilievo sembrerebbe poter essere apprezzato in misura ancor più significativa laddove si rivolga l'attenzione alle conseguenze che derivino dalla compressione del perimetro dello scrutinio giudiziale in rapporto alle valutazioni espresse dal seggio di gara relativamente alla dimostrazione, da parte dell'operatore economico, del possesso dei requisiti prescritti dalla *lex specialis* di gara.

Il riferimento corre, indubbiamente, alla possibilità di vagliare il giudizio espresso dalla commissione giudicatrice in relazione alla sussistenza dei presupposti normativamente delineati onde consentire al concorrente di dimostrare il possesso del requisito prescritto dalla *lex specialis* di gara attraverso l'allegazione di documentazione equivalente.

Con particolare riguardo a quest'ultima, non sembra che possa tacersi il fatto che all'assenza di commistioni concettuali quanto alla ricognizione della *species* di valutazione posta in essere dal seggio di gara non si accompagni, cionondimeno, l'elisione dei profili di opacità

⁴⁵⁶ Sul punto, sia consentito rinviare alle acute riflessioni formulate da C.E. Gallo, *Potere amministrativo e valutazioni discrezionali*, in S. Perongini (a cura di), *Al di là del nesso autorità-libertà: tra legge e amministrazione. Atti del convegno di Salerno, 14-15 novembre 2014*, Torino, 2017, 42 ss, ove l'autore, in relazione alla natura dei poteri esercitati dalle amministrazioni aggiudicatrici quanto alla definizione dei requisiti di capacità tecnico-professionale, traccia la distinzione tra il perimetro delle valutazioni eventualmente riconducibili al genus della discrezionalità amministrativa (destinate a sostanziarci, in particolare, nel potere di scelta in merito all'*an* dell'introduzione di requisiti ulteriori rispetto a quelli normativamente previsti) e l'ambito delle valutazioni tecniche (afferente, in particolare, alla specificazione e determinazione dei requisiti prescritti).

e, segnatamente, del pregiudizio che da questi ultimi rivenga alle posizioni giuridiche soggettive vantate dall'aspirante contraente, correlati alla perimetrazione del sindacato del giudice amministrativo alla manifesta arbitrarietà od illogicità della valutazione all'uopo assunta. Collocandosi in tale ordine di idee, sembra incontroverso che tanto il riscontro della non imputabilità del mancato possesso delle referenze prescritte, quanto il vaglio circa l'adeguatezza della documentazione suppletiva prodotta si caratterizzino per la sussistenza di profili di opinabilità soggettiva nel primo caso e di complessità tecnico-scientifica nell'altro, cionondimeno sembrerebbe del pari non revocabile in dubbio la considerazione per la quale le prefate valutazioni, attagliandosi sulle prove documentali offerte dal potenziale contraente, sembrano, in linea di principio, almeno astrattamente ripercorribili tanto nell'iter logico-motivazionale, quanto in relazione alle cognizioni tecnico-scientifiche sulle quali la valutazione si fonda, senza che tutto ciò implichi che l'intervento del giudice adito assuma carattere prevalente, atteggiandosi, in particolare, come sostitutivo del potere di valutazione riservato al seggio di gara.

SEZIONE SECONDA

L'INCIDENZA DEGLI OBIETTIVI DI SOSTENIBILITÀ AMBIENTALE SULLA SELEZIONE DELLA MIGLIORE OFFERTA: TRA COMPLESSITÀ DELLE VALUTAZIONI E LIMITI ALLA TUTELA GIURISDIZIONALE

SOMMARIO—3. Le ricadute, nell'ordinamento interno, del nuovo paradigma tracciato dalla legislazione sovranazionale: la recessività dei criteri di aggiudicazione legati al mero prezzo, la valorizzazione delle caratteristiche qualitative ed ambientali e l'ambito di applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa basata sul miglior rapporto qualità prezzo—4. Le criticità legate alla commistione tra requisiti soggettivi e parametri per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa con riguardo agli elementi di valutazione legati alle caratteristiche ambientali ed energetiche dell'oggetto del contratto— 5. L'utilizzo del parametro del costo del ciclo di vita e il problema della monetizzabilità e verificabilità dei costi legati alle esternalità ambientali—6. I limiti del sindacato giurisdizionale sulla previsione delle clausole della *lex specialis* e sulle valutazioni compiute dal seggio di gara in sede di attribuzione dei punteggi.

3. Le ricadute, nell'ordinamento interno, del nuovo paradigma tracciato dalla legislazione sovranazionale: la recessività dei criteri di aggiudicazione legati al mero prezzo, la valorizzazione delle caratteristiche qualitative ed ambientali e l'ambito di applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa basata sul miglior rapporto qualità-prezzo..

Così delineate le limitazioni atte a conformare l'esercizio della potestà pubblicistica di matrice valutativa devoluta in capo all'amministrazione committente in relazione alla modulazione dei requisiti idoneativi alla partecipazione al confronto competitivo aderendo a logiche mediamente ispirante al perseguimento di finalità di tutela ambientale posto l'accento sugli elementi di criticità che sembrerebbero poter emergere nella dimensione applicativa, sembra ora d'uopo interrogarsi sulle modalità e sui limiti entro i quali la selezione e la ponderazione dell'interesse ambientale, posto in relazione con l'interesse pubblico primario correlato all'indizione del procedimento di selezione comparativa e con gli ulteriori interessi mediamente attinti da quest'ultimo, si riflettano sulla porzione conclusiva del procedimento di valutazione comparativa.

Le considerazioni che precedono postulano, in particolare, di indirizzare la disamina verso i profili destinati ad investire la determinazione del *quantum* e del *quomodo* dell'influenza eventualmente riveniente dall'iscrizione di una posizione primaria, quando non prevalente, al perseguimento di esigenze di sostenibilità ambientale in relazione all'esercizio dell'attività di valutazione volta alla selezione della soluzione tecnico-progettuale meglio rispondente alle esigenze avute di mira dall'assegnante pubblico, sì da garantire in via mediata la corretta esecuzione delle prestazioni dedotte in contratto.

L'interrogativo è di non poco momento, come pianamente inferibile se sol si consideri il fatto che, in relazione al segmento cruciale della procedura di aggiudicazione, l'integrazione di considerazioni di natura ambientale possa assumere rilevanza centrale in ordine ad una pluralità di piani.

Traguardando la questione da una prospettiva generale, questi ultimi si dipartono dalla valenza scriminante nella prospettiva dell'individuazione della soluzione progettuale che, all'esito della comparazione con le offerte ammesse, si palesi idonea a consentire l'ottimale perseguimento dell'interesse pubblico sotteso all'indizione della procedura selettiva, per giungere, in un'accezione decisamente meno lata, a dispiegare la propria incidenza sulla formulazione del giudizio concernente l'effettiva congruità⁴⁵⁷ dell'offerta presentata, riverberandosi, del pari, sui presupposti per l'esercizio del potere pubblicistico di non aggiudicazione del contratto⁴⁵⁸.

⁴⁵⁷ Dal momento che, nonostante l'indiscutibile rilievo rivestito dalla questione sul piano della ricognizione dei limiti alla sindacabilità delle determinazioni assunte dal seggio di gara e, segnatamente, con riguardo all'eventuale possibilità di predicare, in relazione al giudizio sul carattere anomalo dell'offerta presentata, un sindacato giurisidizionale c.d. forte, esulerebbe dall'economia delle presenti riflessioni l'intrattenersi sul tema della valutazione dell'anomalia dell'offerta e sulla disamina delle innovazioni dalle quali la relativa disciplina sia stata attinta, sia consentito, nella presente sede limitarsi a corroborare le affermazioni che si sono formulate *supra*, richiamando alla memoria la disposizione di cui all'art. 97 del vigente codice. Per quanto di interesse, quest'ultima, parzialmente innovando la disciplina riveniente dal previgente art. 87, D.Lg. n. 50/2016, in relazione alle fattispecie per le quali la valutazione sull'anomalia dell'offerta presentata si fonda sul riscontro, ad opera della commissione giudicatrice, della causale riconducibilità di quest'ultima all'inosservanza degli obblighi in materia ambientale, esclude l'ammissibilità di giustificazioni da parte dell'operatore economico. Per una compiuta disamina del tema del quale si discorre e delle relative implicazioni problematiche, specie in ordine all'eventuale sussistenza di una contraddizione interna tra il disposto di cui all'art. 97, comma 5 ed il contenuto precettivo dell'art. 94, co. 3, sia consentito rinviare alle acute osservazioni formulate da P. Chirulli,

⁴⁵⁸ Considerazioni, quelle formulate *supra*, le quali, ove collocate nel più generale contesto volto alla ricognizione dei risvolti conseguenti alla valorizzazione dei profili mediamente attinenti ad esigenze di tutela ambientale, sembrerebbero poter essere formulate in relazione a due piani distinti sebbene connessi, afferendo, nell'un caso ai riflessi eventualmente riverberati da condizioni soggettive, giacché immediatamente correlate alla situazione personale del potenziale aggiudicatario, sull'idoneità all'esecuzione della soluzione tecnico-progettuale presentata; nell'altro, alle caratteristiche qualitative dell'offerta. Quanto al primo degli aspetti rilevati, il riferimento corre, in particolare, alla disposizione di cui all'art. 94, comma terzo, D.Lg. n. 50/2016, la quale riproduce, in parte qua, la

Esulerebbe, tuttavia, dalle finalità della presente ricerca il procedere a scrutinare capillarmente i tre profili dianzi richiamati, cogliendone le intime implicazioni.

Si dovrà, pertanto, necessariamente circoscrivere l'attenzione alla disamina delle problematiche correlate all'esercizio del potere amministrativo in relazione all'individuazione del criterio ed alla specificazione degli elementi e dei parametri sulla scorta dei quali pervenire alla selezione dell'offerta aggiudicataria.

Le ragioni dell'indugio sul tema albergano, *inter alia*, nella considerazione per la quale l'esegesi delle disposizioni codicistiche concernenti la selezione e la modulazione dei parametri di valutazione dell'offerta costituisca un angolo visuale privilegiato laddove si intenda scrutinare nella concreta portata e nelle intime implicazioni la relativizzazione del principio di economicità, procedendo, del pari, a valutare se ed in quale misura la valorizzazione delle esigenze mediamente correlate al perseguimento di obiettivi di sostenibilità ambientale, si traduca in una rideterminazione dei termini del bilanciamento tra i principi di concorrenza e di tutela ambientale.

conferente previsione di cui all'art. 56, par. 1, ult. periodo, Direttiva 2014/24/UE, nella parte in cui riconosce in capo all'amministrazione committente la facoltà di non addivenire all'aggiudicazione del contratto in favore del latore dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle ipotesi in di riscontro della violazione, da parte del potenziale contraente, degli obblighi in materia ambientale come definiti ai sensi dell'art. 30, comma terzo. Se la disposizione da ultimo richiamata appare, prima facie, integralmente riproduttiva del precetto di cui all' 80, comma quinto, lett a), il quale ultimo, come noto, ricomprende la violazione degli obblighi in materia di tutela ambientale tra le cause di esclusione dall'operatore economico dalla partecipazione al procedimento di valutazione comparativa, sembrerebbe tuttavia esser dato inferire che in relazione alle ipotesi in cui la gravità dell'infrazione commessa non legittimi l'adozione del provvedimento di esclusione motivato sulla scorta della carenza, in capo all'operatore economico, dei requisiti di idoneità soggettiva, possa, cionondimeno, costituire una condizione ostativa all'aggiudicazione del contratto, purché detta condizione sia espressamente contemplata dalla disciplina speciale di gara. Con riguardo al secondo dei profili dapprima menzionati, la conclusione alla quale si è pervenuti sembrerebbe rinvenire una solida argomentazione nel contenuto precettivo del comma dodicesimo dell'art. 95. È noto, al riguardo, che la disposizione da ultimo richiamata devolva in capo all'amministrazione committente la facoltà di non aggiudicare il contratto nelle ipotesi in cui, all'esito dell'esame delle offerte presentate e della relativa attribuzione dei punteggi, nessuna tra esse superi il vaglio inerente al riscontro della convenienza o dell'idoneità in rapporto al perseguimento del fine pubblico correlato alla gara: sebbene la formulazione letterale della previsione si caratterizzi per l'assenza di espliciti rimandi al mancato riscontro delle caratteristiche qualitative ed ambientale quale presupposto legittimante l'esercizio del potere amministrativo di diniego dell'aggiudicazione, a tali conclusioni sembrerebbe potersi pervenire laddove si ponga mente alla considerazione per la quale, stante la significatività dei margini di apprezzamento devoluti in capo all'amministrazione committente in ordine all'integrazione delle caratteristiche ambientali della prestazione e, limitatamente agli effetti che quest'ultima possa dispiegare sulla prima, dall'esperienza e dalle competenze tecniche maturate dall'aspirante affidatario in relazione alla gestione degli impatti ambientali derivanti dall'esercizio dell'attività economica, la valutazione circa l'insufficiente integrazione dei criteri dei quali si discorre possa, almeno in linea astratta, integrare i presupposti legislativamente previsti per farsi luogo all'applicazione della norma, purché la prefata facoltà sia contemplata dalla *lex specialis* di gara e la decisione amministrativa sia debitamente e congruamente motivata.

La risoluzione delle questioni dianzi richiamate, la quale, come noto, si intreccia con gli aspetti controversi attinenti, da un canto alla prodromica riconduzione del potere all'uopo devoluto in capo all'amministrazione committente entro il perimetro di una chiaramente definita categorizzazione concettuale, dall'altro alla determinazione della latitudine e della consistenza dei margini di apprezzamento all'uopo riconosciuti in ordine alla valorizzazione dei profili ambientali direttamente o mediatamente correlati alla prestazione dedotta in contratto⁴⁵⁹ sembrerebbe naturalmente imporre di volgere lo sguardo agli elementi innovativi che abbiano caratterizzato, *in parte* qua, la complessiva articolazione del quadro disciplinare nel panorama giuridico nazionale, procedendo, in particolare, ad analizzarli secondo un andamento diacronico.

Se tale digressione riveste indubbio rilievo laddove si privilegi una prospettiva di indagine la quale, soffermandosi sulla ricostruzione diacronica della configurazione della disciplina interna nel settore dell'aggiudicazione delle pubbliche commesse, sia mediatamente orientata a vagliare l'incidenza sortita dal processo di integrazione europea sulla definizione dei limiti all'esercizio del potere discrezionale riconosciuto in capo al Legislatore nazionale nei settori di intervento traggurati dall'ordinamento sovranazionale e, dunque, aderendo ad una prospettiva di teoria generale del diritto, si collochi lungo la direttrice della definizione delle relazioni intercorrenti tra i due ordinamenti e della ricognizione dei mutamenti all'uopo intervenuti, essa sembrerebbe rivelarsi imprescindibile laddove, traggurando la questione dalla più circoscritta angolazione delle dinamiche correlate alle modalità di esercizio del potere amministrativo e alla delimitazione dei confini di quest'ultimo, si intenda procedere alla valutazione delle conseguenze che il mutamento di paradigma emergente dalle maglie della più recente revisione della regolazione di derivazione sovranazionale⁴⁶⁰ possa, *recare seco*.

⁴⁵⁹ *Recte*, traggurandole da una più estesa angolazione, si ricollegano alla ricognizione delle condizioni all'osservanza delle quali sia subordinato il riconoscimento della legittimità di clausole della *lex specialis* di gara le quali conferiscano valenza scriminante a caratteristiche della controprestazione offerta, il cui riscontro involga il compimento di una valutazione tecnica complessa da esprimere in relazione ad una pluralità di criteri ed elementi eterogenei atti a caratterizzare l'offerta tecnica, implicando l'espressione di un giudizio caratterizzato da margini di soggettività e di opinabilità.

⁴⁶⁰ La cui cifra essenziale, in relazione ai profili che vengono qui in rilievo, sembrerebbe non senza ragione poter essere ravvisata nella progressiva dilatazione della nozione di *best value for money*, sottendendo, in linea di principio, una più generale valorizzazione dei margini di apprezzamento devoluti in capo alle amministrazioni committenti in punto di conformazione delle clausole della *lex specialis* di gara in rapporto alle esigenze preventivamente valutate e condizionanti l'indizione del procedimento di valutazione comparativa

Dalle notazioni che precedono emerge la necessità indirizzare l'indagine verso la ricognizione dei temperamenti mercé i quali l'intelaiatura legislativa circoscrive l'ambito riservato alla libera determinazione del pubblico committente tanto in ordine alla scelta della metodologia sulla scorta della quale addivenire all'aggiudicazione della commessa, riverberandosi, in particolare, sulla valutazione in merito all'adeguatezza del criterio prescelto rispetto al perseguimento dell'interesse pubblico primario immediatamente correlato all'aggiudicazione ed all'esecuzione della commessa, quanto –ove l'amministrazione affidante valorizzi prioritariamente la qualità tecnica delle prestazioni offerte– in punto di individuazione e conformazione dei criteri e dei parametri al riscontro dei quali ancorare la selezione dell'offerta aggiudicataria.

Ciò che richiede di volgere l'attenzione alla profondità degli elementi di alterità evincibili dal raffronto tra la vigente disciplina legislativa ed i molteplici interventi di riassetto della legislazione nazionale settoriale nel torno di tempo anteriore all'entrata in vigore delle direttive di terza e quarta generazione.

La delicatezza di tali implicazioni e, conseguentemente, l'esigenza di chiarire l'ampiezza e la consistenza dei limiti all'osservanza dei quali l'esercizio del potere di valutazione commesso all'amministrazione committente e, di converso, lo scrutinio della determinazione assunta, soggiacciano, sembrerebbe poter essere viepiù apprezzata laddove, collocando la questione nel cono d'ombra della valorizzazione dell'integrazione delle istanze di sostenibilità ambientale, si ponga mente ad un duplice ordine di considerazioni, intrinsecamente connesse alla portata delle innovazioni rivenienti dall'attuale impianto disciplinare e destinate a riflettersi in misura sull'effettività della tutela delle posizioni giuridiche attive potenzialmente pregiudicate dall'illegittimo esercizio del potere amministrativo di valutazione.

Il riferimento corre, in particolare, ai risvolti che sembrerebbero poter derivare dalla potenziale estensione della latitudine dei margini di apprezzamento devoluti in capo all'amministrazione committente, sul piano dei presupposti condizionanti la legittimità dell'inserzione di criteri di valutazione delle offerte mediamente orientati a valorizzare le caratteristiche ambientali delle prestazioni e, segnatamente, con riguardo al riscontro della sussistenza del requisito della pertinenza della clausola capitolare contenente la delineazione dei prefati parametri, in rapporto alla natura ed alle caratteristiche dell'oggetto contrattuale.

Collocandosi in tale ordine di idee, la disposizione di cui all'art. 95, D.Lg. n. 50/2016 sembra declinare, in relazione alla conformazione dei vincoli rivenienti all'agere dell'amministrazione affidante in punto di definizione ed articolazione dei parametri strumentali alla selezione dell'offerta comparativamente migliore, la tendenza alla dilatazione dei confini della prestazione dedotta in contratto e delle relative caratteristiche essenziali e, segnatamente, all'affrancamento di queste ultime dai connotati della materialità e dell'incorporazione all'interno della prima.

Con l'effetto di accoglierne una configurazione tale da estendersi lungo l'orizzonte temporale del ciclo di vita del bene o del servizio dedotti in contratto, quale riveniente, in termini generali, dal grado di elasticità caratterizzante la definizione della nozione di *specifiche tecniche*⁴⁶¹ e che, in punto di selezione dell'offerta, si riflette nella specificazione ad opera della fonte legislativa⁴⁶², del contenuto del concetto giuridico di pertinenza del criterio di valutazione rispetto all'oggetto del contratto.

Sebbene non possa disconoscersi il pregio della disposizione, precipuamente laddove si ponga mente alla considerazione per la quale quest'ultima, temperando il grado di indeterminatezza della nozione, paia consentire un più penetrante sindacato sulla sussistenza del requisito del collegamento della clausola capitolare rispetto alla definizione dell'oggetto del contratto, essa sembrerebbe, cionondimeno, rivelarsi potenzialmente idonea ad implicare la sostanziale svalutazione dell'idoneità dei parametri determinati a riflettere l'effettiva qualità della soluzione tecnico-progettuale proposta, incidendo, per questa via, sulla valutazione comparativa delle soluzioni offerte.

Ponendo la questione in termini parzialmente diversi, quantunque non vengano in rilievo questioni che involgano la compatibilità della disciplina nazionale rispetto ai principi generali ed alle disposizioni particolari rivenienti dall'intelaiatura di derivazione euro-unitaria, non sembra che possa trascurarsi di considerare che tale soluzione possa rivelarsi foriera di elementi di problematicità in relazione alle conseguenze che dall'estensione dell'ambito riservato al libero apprezzamento dell'amministrazione committente rivengano in ordine alla natura della valutazione all'uopo assunta.

⁴⁶¹ Sul punto, sia consentito rinviare alle riflessioni formulate nella precedente sezione.

⁴⁶² Quale riveniente, in particolare, dal disposto di cui all'art. 95, comma undicesimo.

Segnatamente, l'innovazione della quale si discorre sembrerebbe precludere ad un'espansione del tasso di opinabilità e di soggettività caratterizzanti la valutazione rimessa al pubblico committente, in linea di principio idonea a propiziare l'emersione di elementi di criticità in ordine al riscontro dell'effettiva rispondenza della singolare manifestazione dell'esercizio del potere valutativo ad opera dell'amministrazione committente rispetto al limite esterno costituito dalla garanzia della contendibilità della commessa che sembrerebbe, quasi naturalmente, postulare un più capillare controllo della proporzionalità della determinazione all'uopo assunta.

La questione riguarda la valutazione sull'adeguatezza dei temperamenti frapposti dalla disciplina positiva alla libera determinazione dei criteri di valutazione delle offerte a stornare, sul piano applicativo, i rischi legati alla surrettizia alterazione delle dinamiche concorrenziali del mercato dei pubblici affidamenti, che sembrerebbero emergere laddove l'amministrazione conferisca rilievo preponderante ad elementi che, più che riflettere la qualità della soluzione progettuale proposta, attengano al contrario, a caratteristiche soggettive dell'operatore economico, e a diradare le opacità connesse alla determinazione del grado in cui l'eventuale compressione della platea dei potenziali aggiudicatari e gli oneri su questi incombenti possano ritenersi giustificati, giacché integralmente rispondente ai vincoli derivanti dall'osservanza del canone di proporzionalità.

Di eguale rilievo, giacché del pari destinati ad intrecciarsi con il tema della tutela delle posizioni giuridiche attive vantate dagli aspiranti contraenti ed, in particolare, con il grado di effettività di quest'ultima, le ricadute che l'estensione dei margini di apprezzamento commessi all'amministrazione committente possano determinare in relazione sulla formulazione del giudizio circa la rispondenza della soluzione progettuale proposta rispetto ai criteri individuati dalla *lex specialis* di gara, con precipuo riguardo al grado di soggettività ed opinabilità della valutazione all'uopo espressa dal seggio di gara.

Un profilo, quello dianzi rammentato, la significatività del quale sembra rivelarsi nelle proprie implicazioni ove si consideri che la devoluzione di un significativo margine di apprezzamento tecnico-valutativo in capo alla commissione di gara abbia costituito una tra le ragioni precipuamente addotte onde corroborare le opzioni esegetiche tendenti a circoscrivere entro il perimetro della manifesta illogicità del giudizio espresso i confini del sindacato della determinazione assunta.

Collocandosi in tale ordine di idee, non sembra priva di ragione la constatazione per la quale la posizione dell'accento sugli eventuali risvolti patologici correlati all'esercizio del potere di valutazione tecnica ovvero, e di converso, l'affermazione dell'esigenza di garantire margini di flessibilità in capo all'amministrazione committente, nell'ottica di assicurare la selezione dell'offerta che si rivelasse effettivamente coerente con il soddisfacimento delle esigenze preventivamente individuate dal pubblico affidante, abbiano costituito le direttrici lungo le quali si è sviluppata, nelle relative evoluzioni, la disciplina sui criteri di aggiudicazione.

Il sommario passaggio in rassegna dei più significativi interventi di riassetto della legislazione settoriale e, in particolare, le innovazioni apportate in relazione al segmento procedurale volto alla selezione del potenziale aggiudicatario sulla scorta della comparazione tra le soluzioni progettuali proposte, sembra rivelarsi un angolo visuale privilegiato laddove si intendano scrutinare, valutandone i riflessi sui vincoli rivenienti all'ambito delle libere determinazioni riservate al pubblico committente, le ragioni della variabilità della prevalenza accordata dal Legislatore nazionale al perseguimento di obiettivi correlati al contenimento della spesa da un canto e di finalità di garanzia della qualità delle prestazioni da reperire nel mercato di riferimento dall'altro. Una angolazione prospettica, quella concernente le limitazioni rivenienti al concreto esercizio del potere di valutazione tecnica la quale, invero, sembrerebbe rivelarsi imprescindibile sol che si consideri che alla mutevolezza degli obiettivi prefissati abbia fatto da contraltare la sostanziale omogeneità nella scelta dei mezzi attraverso i quali consentire la realizzazione dei primi.

Circoscrivendo l'attenzione alla legislazione dell'ultimo trentennio nel settore degli affidamenti di lavori pubblici, la variabilità degli obiettivi tragsuardati sembrerebbe, invero, apparire nelle proprie concrete proporzioni, consentendo di identificare il grado di incidenza su questi ultimi riveniente dal processo di integrazione europea.

Ed, invero, se gli interventi di novella della legislazione settoriale conseguenti⁴⁶³ al recepimento delle direttive di prima generazione si mostravano pienamente in linea con il disegno tracciato sul versante euro-unitario⁴⁶⁴, riflettendosi, per quanto di interesse, nella devoluzione in capo

⁴⁶³ Il riferimento corre, in particolare, alle disposizioni di cui alla L. 8 agosto 1977, n. 584, recante norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici alle direttive della Comunità economica europea.

⁴⁶⁴ Nella misura in cui quest'ultimo faceva assurgere la qualità delle prestazioni al ruolo di obiettivo primariamente correlato all'aggiudicazione della commessa.

all'amministrazione committente di non trascurabili margini di apprezzamento quanto alla scelta del criterio sulla scorta del quale addivenire alla selezione dell'offerta aggiudicataria, quale riveniente dalla generalizzazione dell'impiego del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa⁴⁶⁵, l'adesione ad un approccio regolatorio tendente a porsi in linea di sostanziale continuità con il perseguimento delle finalità che avevano costituito il fondamento ultimo dell'introduzione della legislazione in materia di contabilità pubblica e, in particolare, la posizione dell'accento sull'esigenza di garantire l'ottimale allocazione delle risorse pubbliche, aveva, di contro, determinato una netta soluzione di continuità rispetto al previgente quadro regolatorio, attuata mercé la sostanziale compressione dei margini di manovra all'uopo riconosciuti al pubblico committente.

Esigenza, quella da ultimo richiamata, destinata a riflettersi in misura decisamente più significativa in ordine al settore dell'affidamento dei lavori pubblici, piuttosto che con riguardo all'aggiudicazione dei contratti di appalto nel comparto dei servizi e delle forniture⁴⁶⁶, relativamente al quale, in parte anticipando soluzioni che sarebbero state definitivamente consacrate dal previgente D.Lg. n. 163/2006, la legislazione settoriale si muoveva, al contrario, nella direzione di predicare la sostanziale alternatività tra i metodi di selezione dell'offerta, con la conseguenza di devolvere in capo all'amministrazione committente il potere di valutazione in merito all'adeguatezza del criterio da prescegliere in rapporto alla natura, all'importo ed alle caratteristiche della commessa da aggiudicare.

È nel contesto della valorizzazione delle esigenze correlate alla garanzia dell'efficienza della spesa pubblica che sembrerebbero, al riguardo, poter essere collocate le disposizioni rivenienti dalla risalente Legge quadro in materia di lavori pubblici, le quali, nella relativa formulazione originaria⁴⁶⁷, rinvenivano un tratto distintivo nell'istituzione di un rapporto di regola ad eccezione nella scelta del criterio di selezione delle offerte, dichiaratamente strumentale rispetto alla garanzia della trasparenza del procedimento di selezione comparativa e dell'imparzialità della valutazione riservata al pubblico committente.

Segnatamente, tale impianto disciplinare, correlando la scelta del criterio sulla scorta del quale pervenire alla selezione dell'offerta aggiudicataria ai metodi di selezione del contraente ed alle

⁴⁶⁵ Così l'art. 24, comma primo, lett. b), L. n. 584/1977

⁴⁶⁶ Relativamente al quale, le conferenti disposizioni legislative istituivano una relazione di tendenziale fungibilità ed equiordinazione tra i metodi di selezione delle offerte.

⁴⁶⁷ Si veda, in particolare, il disposto di cui all'art. 20, l. n. 109/1994

caratteristiche strutturali e funzionali di questi ultimi, si rifletteva nella perimetrazione dell'ambito di operatività del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, circoscritto all'aggiudicazione dei contratti di concessione aventi ad oggetto la costruzione e la gestione dell'opera pubblica da realizzare ed all'affidamento di contratti di appalto di lavori mediante appalto-concorso, con l'effetto di configurare il criterio di aggiudicazione fondato sulla valutazione del minor prezzo alla stregua di criterio di ordine generale nel settore dell'affidamento dei lavori.

Tracciando una netta soluzione di continuità rispetto al quadro riveniente dalla previgente legislazione settoriale e, in particolare, prediligendo un approccio alla regolazione delle procedure di aggiudicazione delle pubbliche commesse al lume dell'unificazione disciplinare e della più generale valorizzazione dei margini di apprezzamento devoluti in capo alle amministrazioni committenti in punto di conformazione della disciplina speciale in rapporto alla natura ed alle caratteristiche oggettive del contratto da aggiudicare, l'entrata in vigore del D.Lg. n. 163/2006, aveva condotto alla definitiva consacrazione della tendenzialmente ⁴⁶⁸piena fungibilità dei criteri di aggiudicazione delle offerte, temperando i margini di esercizio del potere di valutazione tecnica da parte dell'amministrazione affidante in relazione alla scelta del criterio da utilizzare attraverso la previsione di cautele atte a conformarne l'esercizio al rispetto degli imperativi di contendibilità della commessa e di garanzia della parità di condizioni tra gli offerenti.

Collocandosi in tale ordine di idee, non sembra peregrino l'affermare che tali direttrici rinvenissero la propria precipua esplicitazione nella disposizione di cui all'art. 81, comma secondo del codice De Lise, nella parte in cui, nel declinare la scelta dei criteri, condizionava l'opzione per l'uno o per l'altro dei metodi di selezione dell'offerta al compimento di una preventiva valutazione concernente l'adeguatezza del criterio prescelto in rapporto alla natura ed alle caratteristiche delle prestazioni dedotte in contratto e, dunque, in merito all'idoneità di quest'ultimo a consentire il perseguimento dell'interesse pubblico primario sotteso all'indizione del procedimento di valutazione comparativa, ponendo in capo all'amministrazione committente l'obbligo di esplicitare il criterio al lume del quale si sarebbe pervenuti alla valutazione delle offerte presentate, in guisa da garantire, in una fase preventiva

⁴⁶⁸ Eccezione fatta per l'aggiudicazione dei contratti di appalto mercé il ricorso alla procedura di dialogo competitivo.

rispetto all'apertura del confronto competitivo, la trasparenza del procedimento valutativo e la parità di condizioni tra gli offerenti.

Se l'attuale impianto regolatorio si pone in linea di sostanziale continuità con la previgente intelaiatura codicistica, condividendone, in particolare, l'ispirazione sostanzialmente pro-competitiva—elemento, quest'ultimo, pianamente inferibile da una sia pur sommaria ricognizione delle disposizioni chiamate a governare l'esercizio del potere di valutazione tecnica ed atte a temperare il margine libero dell'azione dell'amministrazione committente, conformandone l'esercizio all'osservanza dei principi generali dell'azione amministrativa—, un significativo tratto differenziale sembrerebbe poter, non senza ragione, essere ravvisato nella codificazione di un ordine gerarchico tra i criteri di selezione delle offerte, il quale, pur richiamandosi a logiche intrinsecamente divergenti, sembrerebbe riproporre, quanto alle conseguenze *prima facie* sortite sul piano teorico della graduazione dei margini di apprezzamento tecnico-valutativo riconosciuti in capo all'amministrazione affidante, le soluzioni che avevano caratterizzato la revisione delle disposizioni settoriali in tema di affidamento di opere pubbliche, culminando nell'adozione della Legge Merloni.

Se quest'ultima, al pari di quanto si sia tentato di porre in evidenza *supra*, muovendo dall'esigenza di elidere in radice il verificarsi di fenomeni corruttivi, aveva sortito l'effetto di temperare i margini di apprezzamento tecnico-valutativo devoluti in capo al seggio di gara attraverso la tassatività e la residualità delle ipotesi di ricorso al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, una potenziale compressione del perimetro delle valutazioni rimesse all'amministrazione committente, sembrerebbe, del pari, emergere dalle maglie della disciplina legislativa riveniente dal vigente codice dei contratti pubblici, sia pur assumendo una caratterizzazione decisamente più complessa e, per così dire, sofisticata.

Ed invero, quest'ultima, muovendo dall'esigenza di garantire la qualità delle prestazioni e, correlativamente, di incentivare la competizione tra gli operatori del mercato sulla base di parametri eccedenti la riduzione dei costi connessi all'acquisizione delle soluzioni progettuali proposte, di per sé atte a testimoniare l'adesione ad un approccio dichiaratamente finalizzato all'utilizzo strumentale della contrattazione pubblica nell'ottica del perseguimento di interessi generali, sembrerebbe attuare nel panorama giuridico nazionale il portato della più recente regolazione di derivazione sovranazionale, prefigurando soluzioni per certi versi più avanzate.

In particolare, se la disciplina domestica traduce fedelmente l'impostazione tracciata dal legislatore sovranazionale⁴⁶⁹, nella misura in cui unifica i criteri di aggiudicazione precedentemente disciplinati dalle direttive di seconda e terza generazione, attraverso il rimando alla nozione omnicomprensiva di *offerta economicamente più vantaggiosa* basata sulla valorizzazione di elementi qualitativi e quantitativi o sulla comparazione tra costi ed efficacia, è nella consumazione del margine di discrezionalità legislativa tendenzialmente riconosciuto dalle disposizioni di diritto derivato⁴⁷⁰ che sembrerebbe poter essere colta la cifra essenziale ed, al contempo, il tratto distintivo del quadro regolatorio nazionale che, nel delineare i parametri sulla scorta dei quali determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa, circoscrive l'operatività dei criteri di valutazione fondati sull'esclusiva valorizzazione del prezzo o del costo ad ipotesi residuali e tassative⁴⁷¹, ponendo in capo all'amministrazione committente penetranti obblighi informativi.⁴⁷²

Ciò che, se consente di comprendere pienamente il grado della relativizzazione del principio di economicità, destinato a recedere, entro i limiti imposti dal rispetto del principio di proporzionalità, ove si ponga in conflitto con gli ulteriori principi ed interessi che nel contesto del procedimento di valutazione comparativa e nelle fasi prodromiche vengano in rilievo, dall'altro sortisce l'effetto di ingenerare suggestioni sulla singolarità della soluzione all'uopo prescelta la quale, da un lato sembrerebbe comprimere i margini di valutazione quanto alla scelta del metodo cui ancorare la selezione dell'offerta all'atto della redazione della *lex specialis* di gara, dischiudendo, pertanto, la via verso un più capillare controllo in merito alla conformità della scelta operata dall'amministrazione rispetto al quadro tracciato in via legislativa⁴⁷³, dall'altro condurre ad un incremento della latitudine del perimetro delle

⁴⁶⁹ Così, in particolare, l'art. 67, par. 1, Dir. 2014/24/UE

⁴⁷⁰ Sia, al riguardo consentito richiamare alla memoria la disposizione di cui all'art. 67, par. 2, ultimo alinea, Dir. 2014/24/UE, nella parte in cui dispone che: *“Gli Stati membri possono prevedere che le amministrazioni aggiudicatrici non possano usare solo il prezzo o il costo come unico criterio di aggiudicazione o limitarne l'uso a determinate categorie di amministrazioni aggiudicatrici o a determinati tipi di appalto.*

⁴⁷¹ Quali emergenti, in particolare, dal combinato disposto dell'art. 36, comma 9-bis e 95, comma 4, D.L.g. n. 50/2016

⁴⁷² In particolare, discostandosi dalla disciplina riveniente dalla disposizione di cui all'art. 82, D.L.g. n. 163/2006, il vigente art. 95, comma secondo, D.L.g. n. 50/2016 pr

⁴⁷³ Attagliandosi il sindacato commesso al giudice amministrativo, in relazione alle ipotesi de quibus, esclusivamente sul riscontro, nella fattispecie concreta, della sussistenza dei presupposti normativamente delineati.

valutazioni tecniche commesse all'affidante pubblico nel segmento cruciale della valutazione delle offerte.

Così delineata la filosofia di fondo dell'attuale impianto codicistico e posta in rilievo la posizione di centralità ascritta all'esigenza di garanzia della qualità e del pregio delle soluzioni tecniche offerte, di per sé potenzialmente idonea a determinare l'incremento della latitudine degli spazi di intervento in ordine alla valorizzazione di caratteristiche delle prestazioni dedotte in contratto, con particolare riguardo alla previsione di clausole capitolari mediamente ispirate ad istanze di tutela delle risorse ambientali, è ora d'uopo interrogarsi sul se tale mutamento di paradigma sia idoneo a denotare la recessività, *recte* il temperamento del principio di concorrenza e degli ulteriori imperativi che dello stesso costituiscano una più specifica espressione nell'ottica dell'attuazione del principio dello sviluppo sostenibile.

Ponendo la questione in termini parzialmente difformi, la significatività e la profondità delle innovazioni che caratterizzano la vigente intelaiatura legislativa sembrerebbero indurre, non peregrinamente, a chiedersi se dalle prime sia dato arguire una rideterminazione del perimetro dell'autonomia dell'amministrazione committente conseguente all'iscrizione di una posizione prevalente alle esigenze di garanzia di libera determinazione del contenuto contrattuale, idonea ad incidere sulla consistenza dei temperamenti che guidano la formazione della volontà del pubblico contraente, in rapporto alle limitazioni funzionalmente rivenienti, *inter alia*, dalla vigenza del principio di concorrenza.

La piana esegesi della disposizione di cui all'art. 95 sembrerebbe, invero, far emergere con singolare nitore la considerazione per la quale il rilievo conferito al perseguimento, in via mediata, delle istanze di tutela ambientale— che, per quanto di interesse, si estrinseca nell'esplicita ricomprensione, tra i parametri di valutazione dell'offerta, accanto ai criteri oggettivi immediatamente correlati alla valorizzazione delle prestazioni ambientali⁴⁷⁴ dell'oggetto contrattuale tanto in relazione ai profili qualitativi della soluzione progettuale proposta dal concorrente, quanto in ordine alla determinazione della componente economica dell'offerta⁴⁷⁵, di elementi e parametri dalla connotazione eminentemente soggettiva⁴⁷⁶, legati alle caratteristiche organizzative e gestionali dell'operatore economico potenziale

⁴⁷⁴ Quali emergenti, in particolare, dall'elencazione contenuta al comma sesto, lett. a), D.Lg. n. 50/2016

⁴⁷⁵ Sia, al riguardo, consentito richiamare alla memoria la disposizione di cui al comma sesto, lett. b) dell'art. 95, D.Lg. 18 aprile 2016, n. 50

⁴⁷⁶ Ci si riferisce, in particolare, alle certificazioni in materia di sicurezza dei luoghi di lavoro.

aggiudicatario, non si traduca, in linea di principio, in una compressione del rilievo della garanzia della concorrenzialità e della contendibilità della procedura.

Ed invero, traducendo in termini precettivi il bilanciamento tra le prefate esigenze, la disposizione dapprima richiamata sembrerebbe perimetrare i confini del potere di valutazione tecnica devoluto in capo all'amministrazione affidante, in particolare conformandone l'esercizio all'osservanza dei principi di concorrenza e non discriminazione tra gli operatori economici.

Temperamenti alle concrete modalità di esercizio del potere tecnico-discrezionale che, in linea di ideale continuità con le linee tracciate dalla giurisprudenza sovranazionale, ed, indi, trasfuse nella legislazione di derivazione sovranazionale, sembrerebbero trovare una precipua esplicitazione nella posizione, in capo all'amministrazione committente, degli obblighi di predeterminazione⁴⁷⁷ e pubblicizzazione dei criteri di valutazione delle offerte nella documentazione di gara e nella preventiva fissazione della ponderazione attribuita⁴⁷⁸ a ciascun parametro valutativo, con l'effetto di ancorare la legittimità delle relative clausole capitolari all'assenza di ingiustificate restrizioni delle dinamiche concorrenziali del mercato ed alla trasparenza ed intelligibilità dei parametri all'uopo determinati, vincolando, per questa via, l'esercizio del potere di valutazione tecnica alla connessione ed alla pertinenza dei criteri rispetto alla natura delle prestazioni dedotte in contratto.

Anticipando sin d'ora le conclusioni alle quali si perverrà nel prosieguo, non sembrerebbe, purtuttavia, che alla chiarezza del dato normativo quanto alla precettività ed alla consistenza dei vincoli rivenienti all'agere dell'amministrazione committente in ragione dell'immanente vigenza del principio di libera concorrenza corrisponda, sul piano applicativo, l'assenza di profili di opacità ed è su tali aspetti che gioverà concentrare l'attenzione.

⁴⁷⁷Il quale, in relazione alla disciplina settoriale concernente l'aggiudicazione delle pubbliche commesse, costituisce un più specifico riflesso del principio generale sancito ex art. 12, L. 7 agosto 1990, n. 241.

⁴⁷⁸ Si cfr., in particolare, il disposto di cui all'art. 95, comma 8, D.Lg. n. 50/2016.

4. *Le criticità legate alla commistione tra requisiti soggettivi e parametri per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa con riguardo agli elementi di valutazione connessi alle caratteristiche ambientali ed energetiche dell'oggetto del contratto.*

Dalle considerazioni sinteticamente rassegnate *supra*, emerge, dunque, l'opportunità di indirizzare il discorso verso la ricognizione dei limiti di ordine sostanziale che connotino l'esercizio del potere di valutazione tecnica in ordine alla fissazione dei parametri di valutazione della componente tecnico-qualitativa delle soluzioni progettuali proposte.

Le ragioni dell'indugio su di un tema la rilevanza del quale è destinata a trascendere gli angusti confini della dimensione operativa – giacché destinato ad intrecciarsi con le irrisolte questioni, significative in una prospettiva ricostruttiva di teoria generale del diritto, afferenti all'astratta possibilità di ascrivere in capo ai pubblici poteri la titolarità di una posizione giuridica latamente riconducibile all'autonomia negoziale e dei condizionamenti e dei temperamenti che all'esplicazione di quest'ultima rivengano dal carattere funzionale dell'attività–, involgendo la ricerca di un punto di equilibrio tra l'apprezzamento riservato al pubblico affidante in ordine alla definizione dei profili delle prestazioni che consentano l'ottimizzazione dell'interesse pubblico primario sotteso all'indizione del procedimento di valutazione comparativa ed i temperamenti posti in funzione di garanzia delle posizioni giuridiche soggettive riconosciute in capo ai partecipanti al confronto competitivo, sembrerebbero, al riguardo, rinvenire una solida giustificazione nella considerazione per la quale gli elementi di criticità correlati al permanere di profili di incertezza in ordine alla definizione della natura e consistenza del potere di valutazione emergano laddove la modulazione dei criteri di valutazione dell'offerta costituisca una più specifica manifestazione della tendenza al piegamento del modulo negoziale al perseguimento di interessi generali.

Ed invero, la significatività della questione e, del pari, la necessità di procedere a chiarire compiutamente i confini del potere commesso in capo all'amministrazione committente sembrerebbero poter essere vieppiù apprezzati laddove la modulazione dei criteri di aggiudicazione delle offerte si riveli, sia pur mediatamente, funzionale al perseguimento di istanze di sostenibilità ambientale.

E ciò soprattutto laddove si ponga mente alle conseguenze che il permanere di profili di opacità in ordine all'ascrizione del potere all'uopo devoluto al pubblico affidante entro una determinata

classificazione concettuale e, correlativamente, le incertezze correlate alla concreta ricostruzione dei termini del bilanciamento tra i diversi interessi pubblici riguardati dalla disciplina in tema di aggiudicazione delle pubbliche commesse, determinino con riguardo all'astratta sindacabilità delle valutazioni all'uopo assunte tanto in relazione alla previsione del criterio valutativo, quanto, alla formulazione del giudizio in merito all'effettiva rispondenza della soluzione progettuale concretamente proposta rispetto ai parametri individuati.

Collocandosi in tale ordine di idee e, segnatamente, traguardando la relativa questione dal cono d'ombra dell'internalizzazione delle considerazioni di natura ambientale nel procedimento di valutazione comparativa, l'esigenza di chiarire i limiti all'osservanza dei quali soggiaccia, in concreto, l'esercizio del potere tecnico-discrezionale sembrerebbe viepiù imporsi laddove si ponga mente all'incidenza che sulla concreta latitudine di quest'ultimo possano, almeno potenzialmente, dispiegare da un canto la dilazione dell'*oggetto* del contratto e, correlativamente, l'allentamento del vincolo riveniente dalla necessaria connessione dei criteri valutativi in rapporto alle caratteristiche, alla natura ed all'*oggetto* del contratto, precipuamente in ragione dei risvolti che quest'ultimo possa determinare sulla sostanziale perimetrazione del novero delle offerte ammissibili e, correlativamente, sulle *chances* di aggiudicazione.

Ponendo la questione in termini parzialmente diversi, l'interrogativo al quale si fa cenno afferisce alla determinazione delle conseguenze che i profili evolutivi che abbiano caratterizzato, *in parte qua*, la conformazione della disciplina legislativa,– le quali, come noto, costituiscono un più specifico riflesso dell'istituzione di un rapporto di tendenziale equiordinazione tra le istanze pro-competitive e l'aspirazione alla sostenibilità dei modelli di produzione e di consumo tra le finalità tragguardate dalle disposizioni chiamate a governare la formazione della volontà negoziale dell'amministrazione committente e, segnatamente, con riguardo alla selezione della controparte contrattuale–, determinino la necessità di rivedere le conclusioni rassegnate dalla giurisprudenza sovranazionale nel vigore del previgente assetto regolatorio.

Se queste ultime, al pari di quanto si sia tentato di porre in rilievo in precedenza, avevano dischiuso la via verso il riconoscimento dell'astratta ammissibilità di criteri di valutazione delle offerte che prescindessero dalla riferibilità a parametri ed elementi di natura economica⁴⁷⁹, o la latitudine dei margini di apprezzamento devoluti in capo all'amministrazione committente

⁴⁷⁹ Sia, al riguardo consentito rimandare alla nota 105.

veniva ad essere circoscritta mercé l'individuazione di condizioni atte a conformare l'esercizio del potere di valutazione tecnica⁴⁸⁰, segnatamente ancorando la legittimità delle clausole della *lex specialis* di gara che i prefati elementi valutativi ponessero all'osservanza dei principi generali traguardati dal diritto primario sovranazionale ed alla sussistenza di un collegamento dei criteri previsti rispetto all'oggetto del contratto, con particolare riguardo alla valutazione in concreto in merito all'incidenza di questi ultimi sul riscontro della qualità della prestazione offerta.

L'evoluzione giurisprudenziale e normativa e, in particolare, la posizione dell'accento sulla centralità della contrattazione pubblica sull'orientamento delle modalità di conduzione dei processi produttivi e gestionali nell'ottica del perseguimento del principio dello sviluppo sostenibile e della transizione verso nuovi modelli di crescita economica inducono a ritenere non peregrino l'affermare che la dilatazione dei margini di apprezzamento commessi al pubblico affidante in ordine alla valorizzazione delle variabili ambientali possa sortire non trascurabili effetti sulla determinazione del grado di compressione che dall'esercizio del potere di valutazione possa rivenire all'assetto concorrenziale del mercato dei pubblici affidamenti e, in via mediata, alla garanzia della parità di trattamento tra gli offerenti.

Per quanto di interesse, il riferimento corre alle progressive aperture verso il riconoscimento dell'astratta ammissibilità di criteri di valutazione delle offerte che valorizzino l'esperienza e la capacità di contenimento degli impatti ambientali derivanti dall'esecuzione dei processi produttivi e, da un angolo prospettico decisamente meno ampio, la corretta esecuzione delle obbligazioni assunte con la stipulazione del contratto.

Cionondimeno, la ricognizione dei limiti all'osservanza dei quali l'esercizio del potere di valutazione tecnica debba soggiacere in relazione a tale circoscritto profilo postula, nella presente sede, di prendere abbrivio dalla ricostruzione dei principi generali che guidino, *in parte qua*, l'esercizio della discrezionalità tecnica, temperandone l'effettiva latitudine.

E' noto che la vigente regolazione dei criteri di aggiudicazione, ponendosi in linea di sostanziale continuità con il previgente addentellato legislativo rivenga un *proprium* nella modulazione del margine di scelta commesso in capo all'amministrazione committente relativamente alla definizione dei parametri sulla scorta dei quali pervenire alla selezione dell'offerta aggiudicataria, temperando l'esercizio del potere di valutazione tecnica attraverso l'imposizione

⁴⁸⁰ Si cfr. nota 109.

di adempimenti idonei a garantire la concreta osservanza dei principi di trasparenza e di parità di trattamento.

Collocandosi in tale ordine di idee, sembrerebbe, dunque, emergere pianamente la considerazione per la quale una prima limitazione degli spazi di intervento riconosciuti in capo all'amministrazione committente in ordine alla definizione dei criteri e, correlativamente, un primo elemento atto a temperare i margini di apprezzamento tecnico-valutativo in merito alla rispondenza delle soluzioni progettuali concretamente proposte rispetto ai parametri all'uopo individuati possa essere ravvisato nel vincolo riveniente dalla preventiva individuazione degli elementi di valutazione dell'offerta e dalla rispettiva graduazione.

Quest'ultimi, rappresentando la traduzione, sul piano precettivo, dei principi generali informanti il procedimento di formazione della volontà contrattuale dell'amministrazione—*recte*, dei vincoli condizionanti l'esercizio del potere valutativo—rinvengono la propria ragione ultima nell'esigenza di assicurare l'imparzialità, la trasparenza e l'intelligibilità del procedimento di valutazione comparativa, assolvendo una funzione strumentale rispetto alla garanzia degli imperativi di parità di trattamento tra gli offerenti, rivelandosi, in particolare, rispondenti alla finalità di precludere l'adozione di valutazioni sostanzialmente discriminatorie, potenzialmente conseguenti ad una modulazione dei parametri di valutazione dell'offerta che, in ragione dell'oscurità o della genericità della relativa formulazione ovvero, ed in misura decisamente più significativa, dell'omessa predeterminazione dei criteri medesimi, sortisse l'effetto di determinare l'attribuzione di situazioni di indebito vantaggio in capo a determinati operatori economici, rispetto alla platea degli offerenti.

Con la conseguenza di riverberarsi, conseguentemente, sulla formulazione del giudizio concernente l'effettiva rispondenza della soluzione progettuale proposta rispetto ai criteri ed agli elementi valutativi predeterminati dalla *lex specialis* di gara e sul grado di opinabilità che caratterizzi quest'ultimo.

Cionondimeno, gli interrogativi che la complessiva conformazione della disciplina sottende sembrerebbero trascendere tali questioni, involgendo la risoluzione dei nodi sul se i limiti legislativamente consacrati siano destinati ad esaurire la propria rilevanza sul piano formale, circoscrivendosi, in particolare, nell'imposizione degli obblighi informativi preventivi ai quali si è accennato in precedenza ovvero se, al contrario, essi possano dispiegare la propria

incidenza sul piano sostanziale, condizionando, in particolare le concrete modalità di esercizio del potere di valutazione.

Ponendo la questione in termini parzialmente diversi, se le limitazioni immediatamente connaturate all'osservanza degli imperativi di non discriminazione e di parità di trattamento tra gli offerenti sembrano rivelarsi, in linea di principio, chiaramente inferibili tanto quanto alla sussistenza, quanto in punto di effettiva consistenza in rapporto alla perimetrazione da questi rivenienti sul piano della latitudine dei poteri riconosciuti in capo al pubblico affidante, ad analoghe conclusioni non sembrerebbe potersi pervenire con riguardo ai temperamenti che all'esercizio del potere di valutazione tecnica rivengano, in concreto, dall'osservanza dei principi che dei primi costituiscano gemmazione, come sembrerebbe poter affermarsi con precipuo riguardo al grado in cui il principio di concorrenza si riverberi sull'esercizio del potere di valutazione destinato ad estrinsecarsi nella determinazione dei criteri e degli elementi al cui riscontro ancorare la selezione dell'offerta comparativamente migliore.

Collocandosi in tale ordine di idee, sebbene la vigente intelaiatura codicistica, nel riproporre l'impostazione sostanzialmente pro-competitiva che aveva rappresentato il fulcro delle precedenti stagioni legislative tanto sul versante ordinamentale interno⁴⁸¹ quanto nel panorama giuridico sovranazionale⁴⁸², sembri vincolare l'esercizio del potere di valutazione in ordine alla determinazione dei parametri di valutazione della componente tecnica dell'offerta proposta, prescrivendo, in particolare, il limite sostanziale della garanzia di effettiva concorrenza, la considerazione per la quale le innovazioni dalla prima rivenienti si prestino a determinare una dilatazione dei margini di apprezzamento tecnico-valutativo devoluti in capo al pubblico committente, induce a ritenere imprescindibile volgere lo sguardo ai risvolti problematici che l'attuale impianto disciplinare sembrerebbe, quasi naturalmente, recare seco.

Collocando la questione nel cono d'ombra della valorizzazione delle caratteristiche ambientali correlate alla natura delle prestazioni dedotte in contratto ovvero mediamente destinate a rifluire sulle concrete modalità di esecuzione della commessa, gli elementi di criticità dei quali si discorre sembrerebbero, al riguardo, costituire una diretta conseguenza dell'esplicita

⁴⁸¹ Per una compiuta ricostruzione del quale, anche con riguardo alla ricognizione degli orientamenti giurisprudenziali consolidatisi, sia consentito rinviare a S. Vinti, *Limitazioni funzionali e autonomia negoziale*, cit.

⁴⁸² Sulla portata e sulla consistenza del mutamento di paradigma desumibile dal più recente intervento di riassetto del corpus normativo di derivazione sovranazionale, sia nuovamente consentito rinviare a M. Clarich, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza*, in *Dir.amm.*, 2016, 1, 1 ss..

ricomprensione, nel novero dei criteri di valutazione delle offerte esemplificativamente delineati dalla fonte legislativa, delle attestazioni e certificazioni afferenti alla complessiva struttura organizzativa ed agli aspetti gestionali del compendio produttivo.

Traguardando la questione da una più circoscritta angolazione prospettica, il problema coinvolge la ricognizione delle condizioni alle quali sia subordinata la legittimità della previsione di clausole capitolari le quali, nel delineare i parametri di valutazione della componente tecnica della soluzione progettuale proposta, valorizzino gli aspetti correlati al contenimento degli impatti ambientali derivanti dall'esecuzione commessa, ricomprendendo tra questi ultimi il possesso di attestazioni di qualità ambientale, investendo, del pari, i limiti che l'esercizio del potere di valutazione tecnica incontri in ordine alla determinazione del coefficiente ponderale da attribuire ai criteri di valutazione individuati.

I profili di criticità dei quali si discorre si correlano alle problematiche legate alla ricostruzione, in concreto, dei termini del bilanciamento tra il perseguimento delle istanze di sostenibilità ambientale e l'esigenza di assicurare la complessiva contendibilità della commessa, risentendo, conseguentemente, della ponderazione ascritta agli interessi da ultimo richiamati, quale emergente dall'addentellato legislativo.

L'ascrizione di una posizione di primazia alle istanze pro-competitive e, segnatamente, la posizione dell'accento sugli effetti distorsivi rivenienti dalla valorizzazione di parametri di giudizio che sottendendo una valutazione delle caratteristiche soggettive, afferissero al riscontro dell'idoneità alla proficua esecuzione delle prestazioni nascenti dal contratto, in rapporto alla complessiva contendibilità della commessa da aggiudicare⁴⁸³ e dal *vulnus* che la scelta del criterio di selezione potesse determinare alla parità di trattamento tra gli offerenti⁴⁸⁴

⁴⁸³ In argomento e, segnatamente, con riguardo alla consistenza dei vincoli rivenienti all'agere delle amministrazioni committenti in ragione della vigenza del principio di concorrenza, sia consentito rinviare alle osservazioni formulate da A. Sanchez- de Graells, *Public procurement and EU competition rules*, Oxford, specie 310, laddove l'autore sottolinea che: "Therefore, it seems clear that [...] the selection and the application of award criteria— other than being transparent and non-discriminatory— must guarantee conditions of effective competition; or, , put otherwise that contracting authorities are bound to guarantee that competition is not prevented, restricted or distorted as a consequence of the chosen award criteria [...]" ed ancora, p. 315 "Even if rules on qualitative selection and non-discrimination requirements are formally complied with in a given tender, the adoption of certain award criteria could generate the same result of an infringement of those rules. That could be the case if award criteria [...] favoured tenders submitted by certain operators on the basis of conditions that could not have been used for the purposes of the qualitative selection of candidates [...] for instance [...] by requiring the implementation of quality management systems [...] that would have proven excessive or irrelevant [...] The adoption of such award criteria could generate significant distortions of competition, without generating a substantial potential for discrimination"

⁴⁸⁴ Sul punto, sia consentito richiamare alla memoria le statuizioni rese da Cons. Stato, VI, 20 ottobre 2010, n. 7587, laddove il giudice adito ha rimarcato che: "Costituisce principio generale regolatore delle gare pubbliche quello che vieta la commistione fra i criteri soggettivi di prequalificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini

aveva costituito una delle direttrici seguite dagli orientamenti ermeneutici consolidatisi tanto nell'elaborazione giurisprudenziale euro-unitaria⁴⁸⁵, quanto nel panorama nazionale⁴⁸⁶ tendenti a circoscrivere i margini di apprezzamento commessi in capo al pubblico affidante e, segnatamente, a predicare la tendenziale illegittimità delle clausole della *lex specialis* di gara le quali operassero una commistione tra i requisiti di capacità tecnica od economica e i criteri di valutazione delle offerte.

Al contrario, la progressiva ascrizione di una posizione di sempre crescente rilievo alla garanzia dell'effettiva qualità delle prestazioni e, del pari, la posizione dell'accento sulla natura meramente esemplificativa dei parametri valutativi legislativamente predeterminati avevano condotto, precipuamente in relazione al settore dell'affidamento degli appalti di servizi⁴⁸⁷, all'attenuazione del carattere di rigidità della separazione tra i requisiti idoneativi e i parametri valutativi, talora inferendo la legittimità delle relative clausole sulla scorta della valutazione involgente l'incidenza, in relazione alla fattispecie concreta, del parametro all'uopo individuato

dell'aggiudicazione. Detto canone operativo, che affonda le sue radici nell'esigenza di aprire il mercato premiando le offerte più competitive ove presentate da imprese comunque affidabili, unitamente al canone di par condicio che osta ad asimmetrie pregiudiziali di tipo meramente soggettivo, trova in definitiva il suo sostanziale supporto logico nel bisogno di tenere separati i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara da quelli che invece attengono all'offerta e all'aggiudicazione"

⁴⁸⁵ Il riferimento corre, *inter alia*, alle conclusioni rassegnate dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nell'ormai risalente pronuncia 24 gennaio 2008, in causa C-532/2006, *Emm. G. Lianakis AE*. Muovendo dalla ricognizione delle disposizioni vigenti *ratione temporis*, la Corte adita ha incidentalmente rilevato l'incompatibilità rispetto al diritto sovranazionale della previsione di criteri di valutazione delle offerte riferibili a caratteristiche soggettive dell'offerente, circoscrivendo la possibilità di vagliare gli elementi da ultimo richiamati esclusivamente con riguardo al segmento procedimentale involgente la qualificazione degli operatori economici.

⁴⁸⁶ Con particolare riguardo alla previsione delle certificazioni di qualità nel novero dei criteri di valutazione delle offerte, sia consentito, *ex multis*, richiamare le conclusioni rassegnate dall'Autorità Nazionale Anticorruzione nel risalente parere 1 aprile 2015, n. 33, "I criteri di valutazione previsti nel bando devono essere sempre elaborati con riferimento all'offerta e non all'azienda concorrente in quanto tale [...] I requisiti di natura soggettiva che attengono alle capacità economiche, finanziarie e tecniche dei concorrenti possono essere presi in considerazione per l'ammissione alla gara, ma non possono essere applicati per la selezione delle migliori offerte, dovendo queste essere valutate esclusivamente sulla base del loro contenuto qualitativo pertinente all'oggetto dell'appalto [...] L'offerta tecnica deve essere valutata in base a criteri che abbiano una diretta connessione con l'oggetto dell'appalto e che siano idonei a misurarne il valore, ciò che esclude che si possa fare riferimento alle qualità soggettive dell'offerente. Pertanto il curriculum dell'impresa, il possesso di licenze o certificazioni di qualità, la disponibilità di risorse aziendali, l'aver prestato servizi o lavori analoghi ed in generale le competenze e le referenze sono fattori che possono essere utilizzati come criteri di ammissione alla gara, ma non devono essere presi in considerazione nella valutazione qualitativa dell'offerta economicamente più vantaggiosa". In termini sostanzialmente analoghi, ANAC, parere di precontenzioso 27 maggio 2015, n. 97.

⁴⁸⁷ Sia, sul punto, consentito richiamare alla memoria l'ormai risalente Cons. Stato, IV, 25 novembre 2008, n. 5808, relativa all'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione e degli atti della *lex specialis* di una procedura di affidamento dei servizi di ristorazione, laddove il giudice adito ha posto in rilievo il fatto che "senza voler contestare il noto orientamento giurisprudenziale di derivazione comunitaria secondo cui, essendo la procedura di gara tesa a selezionare la migliore offerta e non il miglior offerente, il bando di gara non può duplicare, nella previsione degli elementi dell'offerta oggetto di valutazione, la prescrizione dei requisiti di capacità tecnica ed economica già preliminarmente richiesti ai concorrenti ai fini dell'ammissione alla gara, non può però sottrarsi che tale principio va applicato *cum grano salis* nelle procedure – come quella che occupa – relative ad appalti di servizi, in cui l'offerta tecnica non si sostanzia in un progetto o in un prodotto, ma nella descrizione di un *facere* che può essere valutata unicamente sulla base di criteri quali-quantitativi, fra i quali ben può rientrare la considerazione della progressiva esperienza dell'operatore, come anche della solidità ed estensione della sua organizzazione d'impresa".

rispetto alla complessiva determinazione della qualità della soluzione progettuale concretamente proposta⁴⁸⁸, talaltra giustapponendo a quest'ultima il vaglio, in concreto, circa il valore comparativamente ascritto al criterio di natura soggettiva e, dunque, del grado in cui quest'ultimo fosse destinato a riflettersi sulla determinazione del punteggio⁴⁸⁹ da attribuire all'offerta tecnica.

Dalle notazioni che precedono, sembrerebbe, dunque, emergere con singolare nitore la considerazione per la quale la valutazione in merito alla legittimità di clausole capitolari atte a conferire valenza scriminante al possesso di attestazioni inerenti alla qualità ambientale dei processi produttivi sottendesse il riscontro del collegamento del criterio in rapporto all'oggetto del contratto, involgendo, segnatamente, il vaglio in merito alla proporzionalità del parametro di valutazione rispetto alle esigenze correlate alla garanzia della contendibilità della commessa⁴⁹⁰.

V'è da chiedersi se l'istituzione di una relazione di tendenziale equiordinazione tra le esigenze di tutela dell'assetto concorrenziale del mercato dei pubblici affidamenti e le istanze di protezione ambientale, quali emergenti dalla complessiva architettura codicistica e, segnatamente, dall'incremento dei margini di apprezzamento commessi in capo all'amministrazione committente in ordine alla modulazione delle clausole della *lex specialis* di gara in chiave ecologicamente orientata che, per quanto di interesse, sembrerebbe riflettersi nel definitivo superamento del divieto di commistione tra requisiti soggettivi e criteri di valutazione delle offerte⁴⁹¹, come tale destinato a legittimare, in linea astratta, la ricomprensione

⁴⁸⁸ Si vedano, sul punto, le conclusioni rassegnate da Cons. Stato, V, 20 agosto 2013, n. 4191, laddove il giudice adito ha rimarcato il fatto che: *“La previsione, nel bando di gara, di elementi di valutazione dell'offerta tecnica di tipo soggettivo (concernenti la specifica attitudine del concorrente a realizzare lo specifico progetto oggetto di gara), è legittima nella misura in cui aspetti dell'attività dell'impresa possano illuminare la qualità dell'offerta”*

⁴⁸⁹ Così, in particolare, la risalente Cons. Stato, V, 3 ottobre 2012, n. 5197.

⁴⁹⁰ Si vedano, sul punto, le conclusioni rassegnate da Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Roma, 23 novembre 2017, n. 11582, laddove il giudice adito è pervenuto alla declaratoria di illegittimità delle clausole della *lex specialis* di gara che rilevando che: *“La clausola del bando laddove attribuisce un punteggio così elevato alla certificazione EMAS, pur in presenza di analogo certificazione UNI EN ISO 14001, già prevista come condizione di partecipazione, deve ritenersi illegittima in quanto introduce un requisito ultroneo e sproporzionato e pertanto lesivo dei principi della concorrenza, della massima partecipazione alle gare e della par condicio, “*

⁴⁹¹ Sia, al riguardo, consentito richiamare alla memoria le conclusioni rassegnate da Cons. Stato, III, 12 luglio 2018, 4283: *“Il dogma di una assoluta, invalicabile, incomunicabilità tra requisiti soggettivi di prequalificazione ed elementi oggettivi di valutazione può dirsi dunque tramontato, nel nuovo diritto dei contratti pubblici, se e solo nella misura in cui la valutazione dei profili di carattere soggettivo, senza favorire indebitamente operatori economici che li posseggano a scapito di altri, serva a lumeggiare la miglior qualità tecnica, sul piano oggettivo, dell'offerta. L'attuale previsione dell'art. 95, comma 6, lett. e), del d. lgs. n. 50 del 2016, secondo cui tra i criteri di aggiudicazione possono rientrare anche «l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente*

delle attestazioni di qualità ambientale anche al di là del circoscritto settore della prestazione dei servizi⁴⁹², incida sulla latitudine, in concreto, del potere discrezionale.

I rischi potenzialmente correlati alla problematica determinazione, in concreto, dell'effettiva sussistenza di un collegamento della clausola prevista rispetto all'oggetto del contratto, *recte* in punto di incidenza del parametro di valutazione nella prospettiva del riscontro degli aspetti migliorativi della soluzione tecnica proposta dall'aspirante contraente e, segnatamente, la previsione di criteri atti a valutare ed a conferire valenza scriminante a considerazioni inerenti alla *politica ambientale aziendale*, potenzialmente idonee a determinare una sostanziale esclusione delle offerte concretamente ammissibili e valutabili, sembrerebbero indurre a ritenere non peregrino che l'integrazione delle considerazioni ambientali tra i criteri di aggiudicazione delle offerte soggiaccia pur sempre al limite del rispetto del principio di proporzionalità, richiedendo, in particolare, il compimento di una valutazione prognostica circa il grado di compressione che dall'articolazione dei criteri selettivi rivenga all'effettiva contendibilità della commessa, in guisa da garantire il perseguimento delle esigenze di tutela delle risorse ecosistemiche con il minor sacrificio possibile delle ragioni della concorrenza.

5. *L'utilizzo del parametro del costo del ciclo di vita e il problema della monetizzabilità e verificabilità dei costi legati alle esternalità ambientali.*

Le considerazioni che precedono e, in particolare, la sia pur sommaria ricognizione delle criticità potenzialmente correlati all'incremento della latitudine dei margini di apprezzamento tecnico-valutativo devoluti in capo all'amministrazione committente in ordine alla

utilizzato nell'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto», consacra a livello di diritto positivo, per effetto della concomitante spinta del diritto eurounitario, quanto sin qui si è detto, in breve, circa questa linea interpretativa favorevole a tale commistione, già ampiamente delineatasi nella giurisprudenza amministrativa nel vigore del d. lgs. n. 163 del 2006.”

⁴⁹² Nella giurisprudenza più recente si registrino indirizzi interpretativi tendenti ad avallare l'estensibilità di tali considerazioni anche al settore dell'affidamento dei contratti di forniture. Si vedano, in particolare, le statuizioni rese dal Supremo Consesso nella recente pronuncia Cons. Stato, III, 11 marzo 2019, n. 1635, relativa all'aggiudicazione di un appalto di fornitura di arredi, laddove il collegio adito ha rimarcato il fatto che: *“pur non trattandosi di un appalto di servizi, non appariva illogico o illegittimo l'inserimento di un criterio di valutazione, peraltro meramente aggiuntivo e sussidiario, volto a premiare i processi aziendali dei singoli concorrenti muniti di una certificazione attestante, secondo il diritto comunitario, una maggiore attenzione all'impatto ed alla sostenibilità ambientale nella produzione e nella distribuzione del prodotto offerto in gara”*

determinazione dei criteri di valutazione della componente tecnica delle soluzioni progettuali inducono a ritenere imprescindibile volgere lo sguardo ai profili di problematicità che l'esplicita consacrazione della facoltà di un'integrazione delle considerazioni mediatamente orientate al perseguimento di obiettivi di sostenibilità ambientale tra i parametri di valutazione della componente economica dell'offerta e, segnatamente, nel novero degli elementi atti a determinare il costo effettivo della prestazione.

Com'è stato osservato, uno tra gli elementi qualificanti⁴⁹³ del più recente intervento di revisione della disciplina di derivazione sovranazionale, dichiaratamente orientato ad indirizzare l'utilizzo dello strumento contrattuale da parte pubblici poteri verso la realizzazione di finalità trascendenti le esigenze correlate all'approvvigionamento⁴⁹⁴—, *recte*, al perseguimento dell'interesse pubblico primario immediatamente sotteso all'aggiudicazione, per promuovere la realizzazione degli obiettivi legati all'attuazione del principio dello sviluppo sostenibile—, è da ravvisarsi nell'esplicito rimando alla possibilità di parametrare la componente economica delle soluzioni progettuali proposte mercé il ricorso all'indice comparativo costo/efficacia, basato sulla valutazione dei costi relativi all'*opus* od al servizio dedotti in contratto lungo l'arco dell'intero ciclo di vita.

Elemento, quest'ultimo, di per sé potenzialmente idoneo a denotare il progressivo allontanamento dell'angolazione prospettica involgente l'esclusiva valorizzazione del prezzo immediatamente correlato all'acquisizione della commessa per aderire ad un approccio fondato sulla valutazione dei costi connessi all'esecuzione della commessa in un'ottica di medio e lungo periodo⁴⁹⁵.

Ed invero, ponendosi nel solco tracciato, sul versante ordinamentale sovranazionale, dalla copiosa produzione di atti di *soft law*⁴⁹⁶ che avevano preceduto od accompagnato il terzo

⁴⁹³ Così, in particolare, A. Semple, *A practical guide to public procurement*, Oxford, 2015.

⁴⁹⁴ La cui inclusione si porrebbe, *inter alia*, in contrasto con il chiaro disposto di cui al considerando n. , integralmente riproduttivo degli approdi dell'elaborazione giurisprudenziale in *subiecta materia*,

⁴⁹⁵ Si vedano, sul punto, le osservazioni formulate da S. Villamena, *Codice dei contratti pubblici 2016. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità*, in F.de Leonardis (a cura di), *Studi in tema di economia circolare*, Macerata, 2019, 81, ove, in particolare, Pa. ha posto in rilievo che "l'utilizzo di questo subcriterio, in quanto comunque connesso a quello generale dell'offerta economicamente più vantaggiosa, conferisce alla nozione di "prezzo" una prospettiva nuova poiché, oltre alla classica articolazione delle voci dei diversi oneri iniziali presentati dalla ditta partecipante alla gara, si aggiunge una dimensione temporale che tiene conto anche degli oneri successivi all'acquisizione di un prodotto, servizio, lavoro".

⁴⁹⁶ Ci si riferisce, in particolare, alle linee programmatiche tracciate dall'ormai risalente Libro Verde sulla politica integrata relativa ai prodotti, di cui alla Comunicazione della Commissione Europea 7 febbraio 2001, COM (68) 2001, dichiaratamente preordinate a :” tenta[re] di ridurre l'impatto ambientale dei prodotti nell'arco dell'intero ciclo di vita,

intervento di riassetto della legislazione di derivazione sovranazionale nel comparto delle pubbliche commesse e dagli sparuti interventi di riassetto della regolazione settoriale⁴⁹⁷ e recependo le suggestioni in precedenza emerse in ulteriori contesti nazionali⁴⁹⁸, l'attuale impianto disciplinare, implicitamente muovendo lungo la direttrice della promozione dell'adesione ad un modello economico improntato alla sostenibilità dei processi produttivi e dei consumi⁴⁹⁹, ha espressamente consacrato, tra le metodologie sulla scorta delle quali pervenire alla valutazione dell'offerta economica, il ricorso al criterio del *life-cycle costing*⁵⁰⁰, delineando i parametri di riferimento per l'articolazione delle voci che contribuiscano a determinare il costo complessivo della prestazione dalle fasi relative alla progettazione, all'acquisizione, manutenzione sino alla dismissione del prodotto o dei relativi residui.

Recependo fedelmente le conferenti disposizioni di derivazione sovranazionale ed, almeno parzialmente, riproponendo soluzioni in precedenza sperimentate nel vigore della previgente

dall'estrazione delle materie prime alla produzione, distribuzione, uso fino alla gestione dei rifiuti. L'idea di base è che sia essenziale integrare l'aspetto dell'impatto ambientale in ogni fase del ciclo di vita del prodotto e che tale impostazione venga rispecchiata nelle decisioni delle parti interessate" ed alla di poco posteriore Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo, 18 giugno 2003 COM (2003) 302, *Politica integrata dei prodotti. Sviluppare il concetto di ciclo di vita ambientale*, la quale ultima, per quanto di interesse, nel delineare le linee di fondo dell'approccio IPPC, includeva tra queste ultime: "*considerazione del ciclo di vita (life-cycle thinking) : considera il ciclo di vita di un prodotto e mira a ridurre l'impatto ambientale complessivo ("dalla culla alla tomba"), cercando nel contempo di evitare che le iniziative incentrate su singole fasi del ciclo di vita si limitino semplicemente a trasferire il carico ambientale su altre fasi. Considerando l'intero ciclo di vita di un prodotto in modo integrato, l'IPP promuove nel contempo la coerenza complessiva degli interventi, incoraggiando l'adozione di misure destinate a ridurre l'impatto sull'ambiente nelle fasi del ciclo di vita in cui esse possono risultare più efficaci e meno costose per le imprese e per la società*"

⁴⁹⁷ E, segnatamente, le disposizioni di cui alla Direttiva 2009/33/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 aprile 2009, relativa alla promozione di veicoli puliti e a basso consumo energetico nel trasporto su strada, nella parte in cui, nel porre in capo agli Stati membri l'obbligo di integrare, all'atto della redazione delle specifiche tecniche, ovvero in sede di definizione dei criteri di valutazione delle offerte in relazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti di fornitura di autoveicoli, requisiti e parametri mediamente orientati a garantire il contenimento degli impatti ambientali, delineava i parametri per addivenire alla monetizzazione dei costi di gestione durante l'intero ciclo di vita della fornitura.

⁴⁹⁸ Il riferimento corre, in particolare, al richiamo a metodologie di computo dei costi incentrate sulla valutazione degli oneri ulteriori rispetto a quelli caratterizzanti l'acquisizione della prestazione che, nell'ordinamento nordamericano, ha caratterizzato, sin dalla seconda metà degli anni Sessanta dello scorso secolo, l'aggiudicazione dei contratti nel settore della difesa. Sul punto, sia consentito rinviare alle riflessioni formulate da J.J. Czarnecki e S. Van Garsse, *What is life-cycle costing?* In M. Andhov, R. Caranta e A. Wiesbrock (eds) *Cost and EU Public Procurement Law. Life-cycle costing for sustainability*, Oxford, 2019, 3 ss.

⁴⁹⁹ Sulla relazione intercorrente tra l'adozione di criteri di valutazione delle offerte orientati alla valorizzazione del costo del ciclo di vita e la transizione verso il modello economico circolare, sia consentito rinviare alle acute osservazioni formulate da F.de Leonardis, *Economia circolare (diritto pubblico)*, in *Dig.disc.pubbl*, aggiornamento VIII, Torino, 2021, specie 175.

⁵⁰⁰ Per un inquadramento del *life-cycle costing* secondo la prospettiva economica, con particolare riguardo ai profili critici caratterizzanti la quantificazione e l'attribuzione di valore monetario alle esternalità ambientali, si vedano B.Nucci, F. Iraldo e M.R. De Giacomo, *The relevance of life-cycle costing in Green Public Procurement*, in *Economics and policy of energy*, 2016, 1, 99 ss.

disciplina di diritto interno⁵⁰¹, dal combinato disposto degli artt. 95, comma secondo e 96, D.Lg. n. 50/2016 emerge la delineazione di un sub-criterio di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa in cui, unitamente alla valorizzazione dei profili legati alle caratteristiche qualitative della prestazione da aggiudicare⁵⁰² ovvero prescindendosi⁵⁰³ da queste ultime, la selezione dell'offerta aggiudicataria e, in particolare, l'attribuzione dei punteggi siano condotti in rapporto alla valutazione dei costi diretti, *id est* destinati a gravare sull'amministrazione committente e dei costi indiretti correlati alle esternalità ambientali.

Sebbene la metodologia di computo della componente economica dell'offerta della quale si discorre non veda circoscritto il proprio ambito di applicazione all'aggiudicazione dei contratti in cui maggior rilievo rivesta l'elemento ambientale– vieppiù evidente laddove se ne consideri la relativa idoneità a consentire una più perspicua valutazione complessiva degli effettivi esborsi correlati all'esecuzione della commessa– è riguardandone la *ratio* dal cono d'ombra dell'internalizzazione delle considerazioni di natura ambientale nei procedimenti preordinati alla stipulazione dei pubblici appalti che sembrerebbero potersene cogliere tanto la portata innovativa quanto le implicazioni di ordine problematico, inevitabilmente correlate all'incremento della latitudine dei margini di apprezzamento commessi in capo al pubblico affidante.

Ed invero, se l'elemento potenzialmente atto a denotare la sussistenza di una netta soluzione di continuità quanto alla filosofia di fondo ispiratrice dell'assetto regolatorio, sembra non senza ragione poter essere ravvisato nell'estensione delle voci valutabili onde pervenire alla selezione della migliore offerta e, segnatamente, nella ricomprensione nel novero di queste ultime dei costi connessi alle esternalità ambientali, la valorizzazione delle prestazioni ambientali

⁵⁰¹ Il riferimento corre, in particolare, alla disposizione di cui all'art. 83, comma primo, lett. f) e f-bis), D.Lg. n. 163/2006, come introdotta dall'art. 16, comma secondo, lett. a), L. 28 dicembre 2015, n. 221, nella parte in cui ha ricompreso, tra i criteri di valutazione dell'offerta, la valutazione dei costi di manutenzione e le misure di compensazione delle emissioni di gas ad effetto serra lungo il ciclo di vita dell'oggetto del contratto.

⁵⁰² Sia, al riguardo, consentito rinviare alle osservazioni formulate da C. Bovis e S. Saussier, *Life-cycle costing in public procurement*, in A. Castelli, G. Piga, S. Saussier e T. Tàtrai (eds), *The challenges of public procurement reforms*, Oxford, 2021, 11, laddove l'autore, pur non revocando in dubbio il fatto che la legislazione di derivazione sovranazionale legittimi, in linea di principio, l'applicazione generalizzate delle metodologie LCC, ha posto in rilievo il fatto che: *“Life-cycle costing could be a facet of the best price-quality ratio as a qualitative award criterion. Interestingly, the monetization basis of life-cycle costing will reveal its qualitative dimension in the award of public contracts.”*

⁵⁰³ Sull'estensibilità del metodo fondato sul computo del costo del ciclo di vita anche laddove l'offerta economicamente più vantaggiosa sia aggiudicata sulla scorta del solo elemento relativo al prezzo, D. Dragos e B. Neamtu, *Life-cycle thinking in EU public procurement: Moving beyond a simple “buzz word”*, in A. Castelli et al. (eds), *The challenges of public procurement*, cit

dell'oggetto contrattuale sembrerebbe, del pari emergere, dall'esplicita ricomprensione di parametri legati al contenimento dei consumi delle risorse naturali ed alla promozione dell'efficienza energetica, nell'elencazione esemplificativa dei costi *diretti*⁵⁰⁴, *id est* immediatamente ricadenti sull'amministrazione committente.

Collocandosi in tale ordine di idee, i profili critici potenzialmente emergenti sul piano applicativo sembrerebbero correlarsi precipuamente a due ordini di considerazioni.

In primo luogo, laddove si ponga mente al carattere non tassativo dei parametri all'uopo delineati, non sembrerebbe potersi tacere l'eventuale emersione di problematiche dal tenore sostanzialmente analogo rispetto a quelle che si è visto almeno potenzialmente caratterizzare la selezione, ad opera dell'amministrazione committente, dei parametri di natura qualitativa al riscontro dei quali ancorare la selezione dell'offerta.

Ponendo la questione in termini parzialmente diversi, sembrerebbero venire nuovamente in rilievo le questioni involgenti la delimitazione dei margini di apprezzamento tecnico-valutativo devoluti in capo all'amministrazione committente, tanto in ordine alla conformazione dei parametri costituenti oggetto della valutazione, quanto in relazione all'attribuzione del relativo coefficiente ponderale.

Sebbene sia difficilmente revocabile in dubbio la considerazione per la quale, anche laddove la metodologia di selezione delle offerte prescelta sia incentrata sull'indice comparativo fondato sulla valutazione dei costi del ciclo di vita, la latitudine dei margini di apprezzamento commessi all'amministrazione committente rivenga da un canto dall'imposizione di obblighi informativi funzionali alla garanzia della parità di trattamento tra gli offerenti, dalla necessaria appropriatezza del parametro di valutazione rispetto alla commessa da aggiudicare, la valutazione della sussistenza del requisito da ultimo rammentato sembrerebbe rivelarsi viepiù complessa in ragione della progressiva dilatazione della nozione di oggetto contrattuale, potenzialmente idonea a riflettersi sul riscontro della pertinenza del parametro all'uopo prescelto rispetto alla caratterizzazione complessiva delle prestazioni dedotte in contratto ed

⁵⁰⁴ Sia, al riguardo, consentito richiamare alla memoria la disposizione di cui all'art. 96, comma primo, lett. a), D.I.g. 18 aprile 2016, n. 50, a mente della quale :” *I costi del ciclo di vita comprendono, in quanto pertinenti, tutti i seguenti costi, o parti di essi, legati al ciclo di vita di un prodotto, di un servizio o di un lavoro: a) costi sostenuti dall'amministrazione aggiudicatrice o da altri utenti, quali: 1) costi relativi all'acquisizione; 2) costi connessi all'utilizzo, quali consumo di energia e altre risorse; 3) costi di manutenzione; 4) costi relativi al fine vita, come i costi di raccolta, di smaltimento e di riciclaggio*”

alla valutazione dell'incidenza di quest'ultimo sulla determinazione degli aspetti quantitativi della prestazione.

Cionondimeno, il rimando ai principi generali destinati a governare l'esercizio del potere tecnico-valutativo commesso al pubblico affidante e, segnatamente, la valenza di principio assoluto da ascrivere al canone di proporzionalità, sembrerebbe rivelarsi potenzialmente idoneo ad orientare il potere di scelta dell'amministrazione nella direttrice della selezione dei parametri di valutazione e della ponderazione da attribuire agli elementi di natura quantitativa eccedenti il mero prezzo che consentano di valorizzare i profili ambientali, senza pregiudicare in misura ingiustificata le concrete *chances* di aggiudicazione e sacrificare la contendibilità della commessa in condizioni di effettiva parità.

Il secondo profilo critico, che sembrerebbe evidenziarsi con maggior delicatezza laddove la valutazione si estenda ai costi legati alle esternalità ambientali, si lega alla concreta conduzione del subprocedimento di valutazione dell'offerta economica.

Collocandosi in tale ordine di idee, la considerazione per la quale l'inclusione delle voci di costo legate alla quantificazione delle esternalità ambientali soggiaccia al limite della monetizzabilità e della verificabilità dei relativi costi, non sembrerebbe rivelarsi idonea a stornare i rischi potenzialmente correlati all'assenza di metodologie comuni di calcolo.

Se i margini di valutazione commessi in capo all'amministrazione committente vengono, al riguardo, ad essere temperati mercé l'esplicita codificazione delle condizioni alla soddisfazione delle quali sia subordinata l'applicazione della metodologia di calcolo all'uopo prescelta e, segnatamente, attraverso la posizione dell'accento sul carattere oggettivo, non discriminatorio ed accessibile dei parametri e delle informazioni sulla scorta delle quali si pervenga all'individuazione delle voci di costo legate alle esternalità ambientali correlate alla prestazione dedotta in contratto, cionondimeno, non sembrerebbe poter essere revocata in dubbio la potenziale emersione di profili di criticità laddove la scelta del sistema di calcolo ricada su metodologie non concepite per un'applicazione ripetuta e continua ovvero sulla modulazione del metodo concretamente prescelto sulla scorta della combinazione di una pluralità di sistemi di computo dei costi del ciclo di vita, che ben sembrerebbero prestarsi ad evidenziare la possibilità di surrettizie alterazioni della parità di trattamento tra gli offerenti, con irragionevole compressione del novero delle offerte concretamente valutabili.

Ad analoghe considerazioni sembrerebbe, del pari, potersi pervenire con riguardo ai risvolti che l'utilizzo del criterio fondato sul computo del costo del ciclo di vita della prestazione possa determinare in relazione alla formulazione del giudizio in merito alla rispondenza dell'offerta concretamente presentata rispetto ai parametri di calcolo individuati dalla *lex specialis* di gara. Ed invero, se un primo profilo di ordine problematico sembra concernere la consistenza dell'onere probatorio incombente in capo all'offerente, l'incremento del tasso di opinabilità, *recte* la potenziale non univocità della valutazione compiuta dal seggio di gara, sembrerebbe poter profilare la sostanziale impossibilità di sindacare la concreta manifestazione di esercizio del potere tecnico-discrezionale.

Profili, quelli da ultimo richiamati, i quali sembrerebbero destinati a saldarsi con le più generali questioni involgenti l'eventuale sindacabilità— correlandosi in particolare, ai limiti ai quali lo scrutinio in via giudiziale soggiaccia— della valutazione tecnica all'uopo commessa al seggio di gara.

6. I limiti del sindacato giurisdizionale sulla previsione delle clausole della lex specialis e sulle valutazioni compiute dal seggio di gara in sede di attribuzione dei punteggi.

Così ricostruiti i limiti che caratterizzino, sul piano sostanziale, l'esercizio del potere discrezionale in ordine alla scelta del metodo di selezione delle offerte e dei criteri di valutazione della componente tecnica delle soluzioni progettuali concretamente proposte, è d'uopo volgere lo sguardo ai riflessi che questi ultimi determinino nella dimensione processuale e, in particolare, concentrare l'attenzione sulle modalità in cui essi si riverberino sull'effettività della tutela delle posizioni giuridiche attive vantate dai partecipanti al confronto competitivo, eventualmente lese dall'illegittimo esercizio del potere amministrativo.

Il problema legato alla compiuta perimetrazione dei limiti ai quali soggiaccia la sindacabilità, in via giudiziale, delle decisioni all'uopo assunte sembrerebbe poter essere apprezzato su due piani connessi benché distinti, attenendo, in particolare, da un canto all'astratta sindacabilità delle clausole della *lex specialis* di gara che individuino il metodo di aggiudicazione ovvero delineino i parametri di valutazione sulla scorta dei quali pervenire alla selezione dell'offerta aggiudicataria; dall'altro, ed in misura decisamente più significativa, la formulazione del giudizio commesso al seggio di gara sulla rispondenza della soluzione tecnico progettuale

concretamente proposta rispetto ai parametri delineati in sede capitolare ed alla relativa graduazione rispetto al complesso delle offerte ammissibili.

Quantunque le questioni da ultimo richiamate si intreccino con la prodromica risoluzione delle problematiche involgenti l'ascrizione della potestà devoluta all'amministrazione committente entro i confini di una ben determinata categorizzazione concettuale e sebbene la disamina dei più rilevanti arresti resi dalla giurisprudenza di prime e seconde cure tanto nel vigore della previgente disciplina, quanto in seguito all'entrata in vigore dell'attuale assetto regolatorio, tendenti a individuare soluzioni omogenee quanto all'ampiezza del sindacato ammissibile, si palesi idonea ad evidenziare la tendenza alla perpetuazione delle commistioni e sovrapposizioni concettuali dominanti nella riflessione giuridica nel primo turno del secolo Ventesimo, la trattazione disgiunta dei profili dianzi rammentati sembrerebbe rinvenire una giustificazione nella considerazione per la quale, in linea di principio, l'ontologica alterità degli elementi caratterizzanti il concreto esercizio del potere di valutazione sembri consentire una differenziazione quanto alla determinazione dell'ambito delle decisioni concretamente sindacabili e, segnatamente, con riguardo alla profondità dello scrutinio involgente il legittimo esercizio del potere amministrativo.

Collocandosi in tale ordine di idee, la commistione tra i profili involgenti il merito amministrativo e la valutazione latamente discrezionale e, correlativamente, tra gli elementi correlati al carattere di opinabilità e non univocità connotante la singolare manifestazione di esercizio del potere amministrativo ed i profili involgenti l'opportunità e la convenienza a fondamento della modulazione delle clausole della *lex specialis* di gara, sembrerebbe pianamente emergere dalla disamina degli indirizzi interpretativi emersi e consolidatisi nel vigore del previgente impianto disciplinare.

Questi ultimi, muovendo dalla sostanziale alternatività ed equipollenza dei criteri legislativamente delineati dalla previgente disciplina, circoscrivevano la sindacabilità dell'opzione per l'una o per l'altra metodologia di selezione delle offerte entro i limiti connaturati alla tecnica di controllo basata sul riscontro degli indici sintomatici dell'eccesso di potere, in particolare limitando l'ambito delle decisioni effettivamente scrutinabili alle fattispecie relativamente alle quali l'illogicità e la non pertinenza del criterio concretamente

prescelto in rapporto alle caratteristiche sostanziali delle prestazioni dedotte in contratto e, più in generale, al valore della commessa, assumessero connotazione manifesta⁵⁰⁵.

Sebbene la tendenziale tassatività delle ipotesi di ricorso al criterio di aggiudicazione del solo costo si presti a legittimare un più penetrante scrutinio in ordine alla legittimità della valutazione all'uopo compiuta dall'amministrazione committente—specie laddove si consideri che, in relazione alle fattispecie ricadenti entro l'ambito di applicazione oggettivo del criterio di aggiudicazione fondato sulla valutazione del minor prezzo, gravi in capo al pubblico affidante l'onere di esternare le ragioni⁵⁰⁶ che sorreggano la valutazione, con potenziale dilatazione dei margini di sindacabilità della determinazione, con precipuo riguardo all'eventuale illegittimità sub specie di eccesso di potere in ragione dell'adozione di una motivazione apodittica—le problematiche potenzialmente correlate alla tendenziale compressione dell'ambito delle valutazioni concretamente sindacabili alle sole ipotesi di irragionevolezza manifesta, sembrerebbero del pari poter, in linea tendenziale ed astratta, profilarsi laddove le censure eventualmente sollevate si appuntassero sulla natura e sulle caratteristiche delle prestazioni dedotte in contratto, involgendo, segnatamente, la valutazione in merito alla sussistenza del connotato di standardizzazione o di ripetitività della fornitura⁵⁰⁷.

Sebbene la questione da ultimo richiamata sia destinata rivestire indiscutibile rilievo laddove sia tragguardata da una prospettiva di ordine generale, sembrerebbe, cionondimeno non revocabile in dubbio la considerazione per la quale i profili di opacità che quest'ultima potenzialmente rechi seco ben possano, in linea di principio, emergere laddove la conformazione della *lex specialis* di gara sottenda la valorizzazione dei profili ecologici correlati alla natura ed all'esecuzione della prestazione. Collocandosi in tale ordine di idee, non sembrerebbe peregrino l'affermare che una siffatta evenienza possa, sia pur in linea astratta, venire in rilievo

⁵⁰⁵ Valga, per tutti, il riferimento alle statuizioni rese da Cons. Stato, V, 17 gennaio 2018, n. 279, “*Secondo il granitico orientamento della giurisprudenza amministrativa la Stazione appaltante ha piena discrezionalità nella determinazione dei requisiti di ammissione alla gara e dei criteri di valutazione delle offerte, sindacabili in sede giurisdizionale soltanto ove manifestamente illogici, irragionevoli o sproporzionati.*”

⁵⁰⁶ Con particolare riguardo all'insussistenza di un obbligo di motivazione nel vigore della previgente disciplina, si vedano le conclusioni rassegnate da Cons. Stato, V, 11 febbraio 2010, n. 1154, sostanzialmente riproposte dalla successiva Cons. Stato, III, 7 luglio 2014, n. 3484.

⁵⁰⁷ Con particolare riguardo alla sussistenza del requisito della standardizzazione pur in relazione a contratti di forniture a connotazione specialistica (nel caso di specie, fornitura di prodotti farmaceutici), si vedano le conclusioni rassegnate da Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Palermo, I, 3 maggio 2019, n. 1238.

laddove l'amministrazione committente⁵⁰⁸ intendesse procedere, esemplificativamente, all'aggiudicazione di un appalto di forniture a ridotto impatto ambientale di importo superiore alle soglie di rilevanza europea⁵⁰⁹ e non riconducibili nel novero delle prestazioni ad alto contenuto tecnologico.

Ed invero, laddove si muova dalla considerazione per la quale la circoscritta diffusione delle metodologie e dei sistemi di produzione atti a conferire alle prestazioni dedotte in contratto le caratteristiche richieste, possa, almeno tendenzialmente⁵¹⁰, incidere sul connotato di effettiva standardizzazione e diffusione delle forniture, quest'ultima potrebbe prestarsi, per quel che più rileva, a dissimulare la sostanziale pre-constituzione del potenziale aggiudicatario. La compressione del perimetro della sindacabilità della valutazione tecnica all'uopo assunta e, segnatamente, la limitazione dello scrutinio giudiziale entro il circoscritto confine segnato dal riscontro, in relazione alla fattispecie concreta, della macroscopica erroneità affiggente l'esercizio del potere valutativo sembrerebbe, al riguardo, rivelarsi idonea ad ingenerare una sostanziale dequotazione, sia pur in relazione alla dimensione applicativa, del connotato di precettività dei vincoli esterni funzionalmente rivenienti all'agere dell'amministrazione committente e, segnatamente, dalla garanzia dell'effettiva contendibilità della commessa.

Aderendo alla prospettiva ricostruttiva in precedenza delineata e, segnatamente, circoscrivendo l'ambito del *merito* della decisione al momento pre-giuridico di selezione in astratto degli interessi compresenti, potenzialmente atto ad incidere sulla scelta involgente l'*an* della

⁵⁰⁸ Al ricorrere delle condizioni delineate ex art. 38, comma secondo, D.Lg. n. 50/2016 e, dunque, assumendo che quest'ultima sia in possesso della prescritta qualificazione e non debba ricorrere alla centralizzazione delle committenze. Sul tema della qualificazione delle stazioni appaltanti, sia consentito rinviare a M. Ambroselli e C. Sersale, *La qualificazione delle stazioni appaltanti*, in M.A. Sandulli e R. De Nictolis, (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, II, Milano, 2019, 527 ss, F. Mataluni, *Disciplina e qualificazione delle stazioni appaltanti*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019, 342 ss, nonché R. De Nictolis, *La qualificazione delle stazioni appaltanti*, in Id. *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il d.lgs. n. 56/2017*, Bologna, 2017, G. Marchianò, *La regolamentazione della domanda pubblica alla luce della legge delega di recepimento delle nuove direttive: il ruolo dell'amministrazione*, in *Riv.it.dir.pubbl.comunitario*, 2016, 1, 1 ss.

⁵⁰⁹ Si veda, al riguardo, quanto disposto ex art. 36, comma 9-bis, D.Lg. n. 50/2016, nella parte in cui, in relazione all'aggiudicazione dei contratti di appalto di valore inferiore alle soglie di rilevanza europea, consente alle amministrazioni aggiudicatrici di optare, alternativamente, per l'offerta economicamente più vantaggiosa fondata sul miglior rapporto qualità/prezzo ovvero per il criterio del massimo ribasso.

⁵¹⁰ *Contra* Cons. Stato, sez. IV, 12 agosto 2021 n. 5866, relativa all'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione e della *lex specialis* di gara di una procedura per l'affidamento di un contratto di appalto di forniture da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa determinata sulla scorta del massimo ribasso. In particolare, nel respingere le censure formulate dal ricorrente, involgenti, *inter alia*, l'illegittimità della scelta del criterio di aggiudicazione, il giudice adito ha rimarcato che l'eventuale specificazione, in seno alle clausole capitolare, di caratteristiche peculiari dell'oggetto del contratto, nonché l'eventuale detenzione di diritti di proprietà intellettuale in relazione all'oggetto dedotto in contratto, non determinino il venir meno del carattere standardizzato della fornitura.

stipulazione, ma destinato ad interessare una fase logicamente e cronologicamente anteriore rispetto alla graduazione tra questi ultimi, sembrerebbe non peregrino l'affermare che la definizione del metodo di valutazione sulla scorta del quale pervenire all'aggiudicazione della commessa e, del pari, la determinazione dei parametri di valutazione della componente qualitativa della soluzione progettuale concretamente proposta si sostanzia nell'esercizio di una potestà di matrice valutativa.

Resta, tuttavia, da valutare se quest'ultima vada ascritta alla *species* della discrezionalità c.d. pura o se, di contro, costituisca una precipua espressione del potere di valutazione tecnica riservato all'amministrazione committente. La risoluzione dell'interrogativo è di non poco momento, dal momento che la riconduzione del potere all'uopo esercitato nell'una o nell'altra tipologia sembra rivelarsi imprescindibile al fine di comprendere se il *self restraint* di sovente operato in via pretoria sia dogmaticamente giustificabile ovvero se, di contro, esso determini una ingiustificata compressione delle esigenze di pienezza della tutela dell'interesse legittimo vantato dall'operatore economico che aspiri all'aggiudicazione.

Si è anticipato, in precedenza, che una tra le ragioni addotte onde corroborare gli indirizzi interpretativi tendenti a comprimere entro angusti confini la sindacabilità delle valutazioni involgenti la scelta del metodo di valutazione sia costituita dalla riconduzione di queste ultime nell'area del merito amministrativo⁵¹¹. Sebbene le conclusioni alle quali le prefate linee ermeneutiche pervengano siano sostanzialmente omogenee, sostanziandosi, in particolare, nella compressione dei margini di sindacabilità della determinazione all'uopo adottata alle sole ipotesi di patente e manifesta irragionevolezza, illogicità ovvero laddove inficiata da travisamento dei fatti, le limitazioni frapposte al pieno scrutinio delle valutazioni involgenti la selezione dei parametri di valutazione dell'offerta tecnica e la rispettiva graduazione, al contrario, sembrerebbero rinvenire una ragion d'essere nella riconduzione di queste ultime nel novero delle manifestazioni dell'esercizio del potere discrezionale puro⁵¹².

⁵¹¹ Così, in particolare, Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria,

⁵¹² Sia, al riguardo, consentito richiamare alla memoria le conclusioni da ultimo rassegnate da Cons. Stato, V, 10 novembre 2021, n. 7498, laddove il collegio adito ha rimarcato che: *“La scelta operata dall'amministrazione appaltante, in una procedura di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, relativamente ai criteri di valutazione delle offerte, ivi compresa anche la disaggregazione eventuale del singolo criterio valutativo in sub-criteri, è espressione dell'ampia discrezionalità attribuita dalla legge per meglio perseguire l'interesse pubblico; come tale è sindacabile in sede di giurisdizione di legittimità solo allorché sia macroscopicamente illogica, irragionevole ed irrazionale ed i criteri non siano trasparenti ed intellegibili”*

Le conclusioni che si sono sinteticamente rassegnate *supra* e, segnatamente, la considerazione per la quale l'attività di graduazione e ponderazione comparativa tra gli interessi pubblici compresenti sia destinata ad esaurirsi in una fase prodromica rispetto all'indizione del procedimento di valutazione comparativa, cristallizzandosi, in particolare, nell'adozione del provvedimento di deliberazione di contrarre, sembrerebbero, quasi naturalmente, indurre ad escludere la riconducibilità delle prime tra le manifestazioni del potere discrezionale puro, sostanziandosi, di contro, nell'espressione di una valutazione tecnica, sia pur complessa. Collocando la questione nel cono d'ombra della valorizzazione delle variabili ambientali nella modulazione dei criteri di valutazione delle offerte, sembrerebbe, al riguardo, evidente la constatazione per la quale la ponderazione rispettivamente attribuita al perseguimento dell'interesse pubblico ambientale, posto in relazione con l'interesse pubblico primario correlato all'indizione della procedura di aggiudicazione e con gli ulteriori interessi che nel corso di quest'ultima vengano in rilievo, possa al più incidere, *ab externo*, sul concreto esercizio del potere tecnico-valutativo.

La non univocità e, segnatamente, l'impossibilità di ripercorrere compiutamente in via giudiziale la valutazione commessa in capo al pubblico committente, non sembrerebbero, tuttavia, costituire delle ragioni idonee a giustificare l'eccessiva compressione dei margini di sindacabilità del concreto episodio di esercizio del potere amministrativo, soprattutto in ragione dei riflessi che la perimetrazione dei confini dello scrutinio possa determinare sulla valutazione in merito all'osservanza del limite esterno destinato ad incidere significativamente sul perimetro del potere commesso in capo al pubblico affidante.

Si è detto, in precedenza, che il principio di concorrenza rappresenti uno tra i limiti esterni atti a conformare la latitudine e, di converso, il concreto esercizio dei margini di apprezzamento tecnico valutativo in capo a quest'ultimo devoluto. La tendenziale espansione dei margini di esercizio del potere commesso in capo all'amministrazione indicente, quale riveniente dall'elasticità con la quale la disciplina legislativa declina il criterio della pertinenza della clausola all'uopo prevista rispetto alla concreta configurazione delle prestazioni dedotte in contratto, che aveva costituito un referente obiettivo rispetto al quale modulare l'ampiezza del sindacato giudiziale, sembrerebbe, almeno tendenzialmente, legittimare un'estensione della profondità dello scrutinio devoluto al giudice amministrativo e, segnatamente, il trapasso da una valutazione imperniata sul riscontro della non manifesta irragionevolezza della soluzione all'uopo assunta all'adesione al test di proporzionalità, onde garantire che, in relazione alla

fattispecie concreta, la valorizzazione degli aspetti legati ad esigenze di tutela ambientale non comporti un'ingiustificata compressione della contendibilità della commessa.

Sebbene quest'ultimo, invero, costituisca, in linea di principio, oggetto di enunciazione da parte del giudice adito, esso non sembrerebbe, tuttavia essere compiutamente svolto nei molteplici elementi costitutivi, arrestandosi— quando non si risolve in una petizione di principio— al solo vaglio involgente l'astratta *idoneità* del parametro all'uopo previsto in rapporto al fine pubblico concretamente perseguito; diversamente, la posizione dell'accento sulle conseguenze che, in termini di compressione delle posizioni giuridiche attive vantate dai potenziali contraenti, possano rivenire dall'opzione per un criterio astrattamente idoneo ma, al contempo, eccessivamente restrittivo, sembrerebbe almeno tendenzialmente legittimarne l'estensione al vaglio della *necessarietà*⁵¹³.

Se, dunque, i limiti posti all'astratta sindacabilità delle clausole della *lex specialis* di gara rinviengono la propria ragion d'essere nella commistione concettuale⁵¹⁴ alla quale ci si è riferiti *supra*, da considerazioni di ben altro ordine muovono gli indirizzi interpretativi tendenti a circoscrivere il perimetro della sindacabilità del giudizio espresso dal seggio di gara.

Ed invero, se si registra concordia di opinioni in ordine alla riconduzione del potere all'uopo devoluto in capo alla commissione giudicatrice nell'alveo delle manifestazioni di giudizio espressive del potere di valutazione tecnica, tale assunto, tuttavia, non conduce a conclusioni dissimili.

Ponendo la questione in termini parzialmente diversi, l'analisi dei più risalenti⁵¹⁵, così come dei più recenti interventi giurisprudenziali denota la sostanziale prevalenza delle linee

⁵¹³ Si vedano, in particolare, le osservazioni formulate da S. Cognetti, *Sindacato giurisdizionale tra discrezionalità amministrativa e indeterminazione della norma*, relazione al Convegno *Itinerari della giustizia amministrativa e del suo giudice. Per i 130 anni dall'istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato*, Roma, Palazzo Spada, 20 novembre 2019, in www.giustizia-amministrativa.it

⁵¹⁴ Sebbene non manchino, al riguardo, posizioni giurisprudenziali le quali argomentino l'insindacabilità delle valutazioni tecniche espresse dal seggio di gara sulla scorta della relativa riconducibilità al merito. Valga, per tutte, in particolare, il rimando alle conclusioni rassegnate, sia pur in un *obiter dictum* dalla recente Cons. Stato, V, 24 novembre 2021, n. 7868, laddove il giudice adito, nel procedere alla ricognizione dei limiti ai quali soggiaccia il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche involgenti il giudizio di anomalia delle offerte tecniche ha, *inter alia*, rilevato che: “*L'opinabilità della valutazione impinge nel merito della discrezionalità tecnica e non costituisce causa di illegittimità della stessa*”

⁵¹⁵ Per un'approfondita ricostruzione degli indirizzi interpretativi emersi in seno alla giurisprudenza nazionale, con precipuo riferimento alla sindacabilità delle valutazioni rese dalla commissione di gara in sede di attribuzione di punteggi e di riscontro del carattere anomalo dell'offerta sia, al riguardo, consentito rinviare a G. D'Angelo, *Giudice amministrativo e valutazioni tecniche dopo la L. 21 luglio 2000, n. 205*, in *Dir.amm.*, 2005, 3, specie 674 ss.

interpretative tendenti a limitare la profondità del sindacato ammissibile in via giudiziaria entro i il perimetro tracciato dalla configurazione c.d. estrinseca e, segnatamente, circoscrivendo il riesame delle valutazioni assunte dal seggio di gara entro i limiti della manifesta irragionevolezza quale desumibile dalle allegazioni prodotte dalle parti e, in particolare, sulla scorta dell'eventuale apparato motivazionale a corredo dell'attribuzione dei punteggi, salvi restando sparuti precedenti tendenti a predicare, seguendo le linee tracciate dall'ormai risalente pronuncia della IV sezione del Supremo Consesso⁵¹⁶ la sindacabilità della correttezza sostanziale, sotto il profilo tecnico-scientifico, della relativa manifestazione di giudizio.

Laddove si ponga mente alla complessità che caratterizzi il procedimento di valutazione delle soluzioni progettuali concretamente offerte tanto laddove l'amministrazione committente prescelga il metodo di aggiudicazione fondato sul riscontro dell'offerta economicamente più vantaggiosa nella declinazione già in precedenza assunta, quanto e, per così dire, in misura decisamente più critica laddove il parametro prescelto sottenda la valutazione dei costi del ciclo di vita, è giocoforza ritenere che l'eccessiva restrizione dei margini di sindacabilità possa, almeno potenzialmente condurre alla selezione della *«valutazione tecnica peggiore sol perché essa proviene dall'amministrazione»*⁵¹⁷.

⁵¹⁶ Il riferimento corre, in particolare, alle conclusioni rese da Cons. Stato, IV, 9 aprile 1999, n. 601, con nota di D.de Pretis, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Giorn.dir.amm.*, 1999, 12, 1179 ss., nonché di M. Delsignore, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir.proc.amm.*, 2000, 1, 185 ss., precedente relativo all'impugnazione del provvedimento di diniego di riconoscimento della dipendenza da causa di servizio dell'infermità contratta, laddove, per quanto di interesse, il Supremo Consesso, ha rimarcato il fatto che: "La c.d. "discrezionalità tecnica" [...] è altra cosa dal merito amministrativo. Essa ricorre quando l'amministrazione, per provvedere su un determinato oggetto, deve applicare una norma tecnica cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta. L'applicazione di una norma tecnica può comportare valutazione di fatti suscettibili di vario apprezzamento, quando la norma tecnica contenga dei concetti indeterminati o comunque richieda apprezzamenti opinabili. Ma una cosa è l'opinabilità, altra cosa è l'opportunità. La questione di fatto, che attiene ad un presupposto di legittimità del provvedimento amministrativo, non si trasforma - soltanto perché opinabile - in una questione di opportunità, anche se è antecedente o successiva ad una scelta di merito. [...] È ragionevole l'esistenza di una "riserva di amministrazione" in ordine al merito amministrativo, elemento specializzante della funzione amministrativa; non anche in ordine all'apprezzamento dei presupposti di fatto del provvedimento amministrativo, elemento attinente ai requisiti di legittimità e di cui è ragionevole, invece, la sindacabilità giurisdizionale. Il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici può svolgersi, allora, in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì invece alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo. Non è, quindi, l'opinabilità degli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione che ne determina la sostituzione con quelli del giudice, ma la loro inattendibilità per l'insufficienza del criterio o per il vizio del procedimento applicativo. [...] Quando la tecnica è inserita nella struttura della norma giuridica, l'applicazione di un criterio tecnico inadeguato o il giudizio fondato su operazioni non corrette o insufficienti comportano un vizio di legittimità dell'atto di riconoscimento o di diniego. "

⁵¹⁷ A. Travi, *Giurisdizione e amministrazione*, op. cit.

La considerazione per la quale le valutazioni commesse in capo alla commissione si sostanzino nell'espressione di un giudizio condotto al lume di regole proprie del sapere tecnico e scientifico induce a propendere per l'astratta ammissibilità di un sindacato sicuramente più penetrante in relazione ai profili qualitativi dell'offerta: al riguardo, la permanenza di margini di opinabilità nell'espressione del giudizio non sembrerebbe costituire un elemento preclusivo rispetto allo scrutinio della coerenza logica e scientifica della valutazione all'uopo espressa, specie laddove si valorizzino le potenzialità correlate all'ormai incontestabile ammissibilità della consulenza tecnica d'ufficio anche nel processo amministrativo; in relazione ai profili quantitativi e, in particolare, alla valutazione dell'offerta economica sembrerebbe, del pari, non peregrino il ritenere predicabile un'estensione del perimetro del sindacato secondo la concezione c.d. intrinseca di tipo forte⁵¹⁸.

⁵¹⁸ In senso sostanzialmente adesivo R. Caranta, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, 487.

CAPITOLO QUARTO

I CONTRATTI PUBBLICI NEL CONTESTO DELL'ECONOMIA CIRCOLARE.

LA CONSACRAZIONE DEL MODELLO DEL CIRCULAR PUBLIC PROCUREMENT.

SOMMARIO: 1. Il paradigma dell'economia circolare tra riflessione economica e progressiva giuridicizzazione- 2. Il ruolo del *sustainable public procurement* nella transizione verso nuovi paradigmi di sviluppo: il Green deal europeo e l'affermazione del modello del circular public procurement in un più ampio disegno di politica industriale e ambientale – 3. La contrattazione ecologicamente orientata nell'ordinamento francese: dalla facoltatività alla tendenziale cogenza. L'avvicinamento al modello italiano e la comunanza delle problematiche profilabili-4. L'impostazione tracciata dal Legislatore tedesco: la proporzionalità quale limite formale e sostanziale all'operato del pubblico committente.

1. Il paradigma dell'economia circolare tra riflessione economica e progressiva giuridicizzazione

L'adesione ad un approccio olistico nella prospettiva della risoluzione delle problematiche di ordine ambientale e, del pari, un ulteriore tentativo di ricomposizione del dissidio tradizionalmente intercorrente tra ambiente e mercato, da condurre mercé il ricorso al prisma del principio di integrazione, sembrerebbero rinvenire il proprio più maturo frutto nella teorizzazione, ad opera della scienza economica, del modello dell'economia circolare e nel graduale percorso che avrebbe, da ultimo, condotto all'ascrizione di dignità giuridica alla proteiforme nozione della quale si discorre.

Le ragioni dell'indugio su di un tema inesorabilmente destinato a trascendere gli angusti confini delle presenti riflessioni albergano nella considerazione per la quale un ineludibile presupposto dell'auspicata transizione verso un differente modello di crescita e di sviluppo si rinvenga nell'evoluzione delle forme di intervento pubblico nell'economia e, dunque, nella consacrazione di una mutata configurazione dei rapporti tra Stato, mercato, ambiente e sistema industriale-produttivo.

La significatività dei profili dei quali si discorre si evidenzia limpidamente ove si ponga mente al fatto che, muovendo da un'articolata indagine di questi ultimi, talune le più autorevoli voci della scienza giuridica pubblicistica, siano progressivamente pervenute alla

delineazione di un modello di *Stato circolare*⁵¹⁹, chiamato ad affiancare⁵²⁰ ovvero a sopravanzare l'imperante modello dello *Stato lineare*.

Un modello di Stato, destinato a trascendere gli angusti confini della dimensione ordinamentale nazionale, per estendersi, al contrario, sul piano globale, in cui l'interesse pubblico alla tutela dell'ambiente e, in una prospettiva di ordine generale, le esigenze di promozione della sostenibilità sociale, ambientale ed economica e le tecniche di bilanciamento tra questi ultimi assurgono al ruolo di limite positivo atto a conformare e modulare l'azione dei pubblici poteri, con inevitabili riflessi sul piano della devoluzione delle competenze⁵²¹ e dei temperamenti posti alla discrezionalità del legislatore e dell'amministrazione.

Sebbene i mutamenti ai quali si è sinteticamente operato un cenno in precedenza investano, in una dimensione di ordine globale, la riconfigurazione del ruolo complessivamente riconosciuto in capo ai pubblici poteri, involgendo la conformazione delle misure di regolazione diretta del mercato in chiave ecologicamente sostenibile, modulate attraverso il rimando al tradizionale paradigma di *command and control* ed alle attività di programmazione e di pianificazione, seguendo le medesime dinamiche che hanno caratterizzato la diffusione del modello dell'economia circolare in contesti giuridici extraeuropei⁵²², non sembra, purtuttavia, che se ci si possa esimere dal rilevare i riflessi da

⁵¹⁹ Il concetto, limpidamente enucleato da F. de Leonardis, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici, cit.*, si fonda su di una revisione globale delle forme e delle finalità dell'intervento pubblico nell'economia, sorrette da una nuova assiologia valoriale che vede nell'aspirazione alla preservazione ed alla rigenerazione delle risorse ambientali il criterio ispiratore della generalità delle politiche pubbliche e vincolo finalistico all'esercizio del potere amministrativo.

⁵²⁰ Pone in rilievo la gradualità del trapasso dal modello dello Stato *lineare* a quello dello Stato *circolare*, concentrando, in particolare, l'attenzione sui mutamenti che tale transizione impone sul piano delle tecniche di regolazione ad opera dei pubblici poteri E. Scotti, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *Dir.econ.*, 2019, 1, specie 517-519.

⁵²¹ Così, in particolare, F. de Leonardis, *Economia circolare*, cit.

⁵²² Il riferimento corre, in particolare, all'esperienza giuridica cinese, laddove l'implementazione del modello dell'economia circolare, le cui radici impingono nell'ormai risalente *Circular Economy Promotion Law* adottata nel 2009 e sottoposta ad interventi di revisione nel 2018, ha costituito un più specifico riflesso della pianificazione quinquennale delle attività economiche, fondandosi, in particolare sul contestuale impiego di strumenti di regolazione di tipo *command and control* e misure di mercato con tendenziale prevalenza dei primi sulle seconde. Per una compiuta ricostruzione del sistema economico cinese, sia consentito rinviare a X. Zeng, J. Li, *Circular Economy in China*, in S. Ghosh (eds) *Circular Economy: Global Perspective*. Singapore, 2020, G. Sabatino, *Il diritto dell'economia circolare tra programmazione, contratto e responsabilità. Profili teorici ed applicativi in dialogo tra Repubblica Popolare Cinese ed Unione Europea*, in *Dir.econ.* 2020, 3, 379ss.

quest'ultimo potenzialmente riverberati sul complessivo assetto degli strumenti di regolazione indiretta dell'economia.

Collocandosi in tale ordine di idee, la valorizzazione del ruolo proattivo assolto dalle misure di mercato c.d. pure e, in misura decisamente più significativa, dagli strumenti di mercato c.d. misti nel propiziare la transizione verso il paradigma economico improntato alla circolarità. che costituiscono una tra le cifre essenziali dei più recenti interventi di programmazione e di riassetto della regolazione settoriale adottati dalle istituzioni euro-unitarie e, di converso, la progressiva ascrizione di caratteri di specialità tali da adombrare una configurazione in senso pubblicistico degli strumenti da ultimo rammentati, appare destinata ad intrecciarsi con la necessità di rimeditare ulteriormente le finalità mediatamente assolute dall'attività contrattuale posta in essere dai pubblici poteri.

Se ciò sembra, pressoché naturalmente, condurre ad una sostanziale riproposizione della categorizzazione concettuale dell'attività amministrativa di diritto privato—la quale ultima, come si è sinteticamente posto in rilievo *supra*, ha rappresentato uno tra i più maturi frutti delle elaborazioni della dottrina giuspubblicistica nazionale nel primo turno del Ventesimo secolo —, accreditando, pertanto, una configurazione del contratto pubblico alla stregua di modulo funzionale al perseguimento di interessi generali, esso vede progressivamente estenderne il campo di azione, transitando, in particolare, dall'astratta riconducibilità di quest'ultimo nel novero degli strumenti alternativi all'attività autoritativa nella prospettiva dell'esercizio della funzione e, successivamente, dalla *cura in concreto* di un ben determinato interesse pubblico riconosciuto, in relazione alla fattispecie concreta, come primario e, per ciò stesso, irrimediabilmente destinato a prevalere sugli interessi pubblici secondari e privati compresenti, alla conciliazione tra le dimensioni ambientale, sociale ed economica dello sviluppo.

Aderendo a tale prospettiva, non sembra peregrino l'affermare che l'esigenza di bilanciamento tra i tre elementi costitutivi del principio dello sviluppo sostenibile rappresenti il punto focale della transizione dal modello della *green economy* e, per esso, del *green public procurement*, al nuovo paradigma dell'economia circolare, del quale il *circular public procurement* dovrebbe costituire uno tra i precipui meccanismi attuativi.

La delicatezza che in linea di principio affigge la riconciliazione della quale si discorre induce naturalmente ad interrogarsi sui riflessi che essa possa determinare, sul piano della compiuta determinazione, nella dimensione applicativa, dei termini del bilanciamento tra

le contrapposte istanze di preservazione delle risorse ecosistemiche da un canto e di garanzia della contendibilità del mercato dei pubblici affidamenti e della razionale allocazione delle risorse dall'altro, riverberandosi, in via pressoché necessitata, sulla perimetrazione dei limiti posti all'esercizio del potere amministrativo, *recte*, cogliendo la relativa questione in termini più generali, sulle modalità di esercizio della funzione amministrativa.

Il permanere di profili di incertezza in relazione alla compiuta definizione⁵²³ del concetto di *economia circolare*, ad onta della ricorrenza di quest'ultimo tanto in seno alla copiosa produzione di atti di ordine programmatico adottati dalle istituzioni euro-unitarie in un arco temporale anteriore agli interventi di riassetto della disciplina legislativa nel settore delle pubbliche commesse, quanto in taluni tra i più recenti interventi di novella della legislazione di diritto derivato sovranazionale in tema di rifiuti e del pari, l'affacciarsi, in seno alle più autorevoli riflessioni della dottrina giuspubblicistica nazionale⁵²⁴, delle problematiche correlate alla ricognizione dei principi giuridici e delle *regulae iuris* dai quali il primo tragga alimento inducono a ritenere imprescindibile, nella presente sede, svolgere talune sintetiche considerazioni in merito alla collocazione del modello dell'economia circolare in una prospettiva di ordine storico-ricostruttivo.

Una ricognizione, quella della quale si discorre, la quale richiede, in maniera necessariamente incompleta, di soffermarsi sulle dinamiche che abbiano condotto all'emersione ed al successivo consolidamento della nazione in seno alle riflessioni della scienza economica.

Sebbene vi sia concordia di opinioni nell'affermare che l'elaborazione della nozione di *economia circolare* e, del pari, la delineazione dei tratti distintivi del modello economico del quale si discorre rispetto al tradizionale paradigma dell'economia lineare affondino le proprie radici nelle elaborazioni della dottrina economica tra la seconda metà degli anni

⁵²³ Sul carattere polisemico della nozione di economia circolare, sia consentito rinviare a J. Kirchherr, D. Reike, M. Hekkert, *Conceptualising circular economy: an analysis of 144 definitions*, in *Resources, conservation and recycling*, 2017, 127, 221 ss. ; in ambito giuridico, si leggano le acute osservazioni di F.de Leonardis, *Economia circolare (diritto pubblico)*, in *Dig.disc.pubbl.*

⁵²⁴ Il riferimento corre, in particolare, a R. Ferrara, *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente*, in F.de Leonardis (a cura di), *Studi in tema di economia circolare*, Macerata, 2019.

Sessanta⁵²⁵ ed i primi anni Ottanta dello scorso secolo—*id est* nel medesimo turno di tempo in cui, nella riflessione giuridica e, del pari, nel panorama ordinamentale internazionale si sono formulate le premesse che avrebbero, di lì a poco, condotto alla progressiva elaborazione del principio dello sviluppo sostenibile, e che si segnalavano per il fatto di aver limpidamente evidenziato la sussistenza di limiti allo sviluppo, è d'uopo porre in rilievo come il problema della scarsità e dell'esauribilità delle risorse disponibili e, del pari, la necessità di un approccio integrato alla risoluzione delle criticità al primo immediatamente correlate si fossero già, *in nuce*, affacciati nel pensiero filosofico-politico che ha preceduto⁵²⁶ ed accompagnato la Rivoluzione industriale e la trasformazione dei processi economico-produttivi a quella conseguenti, sebbene il punto nodale di tali riflessioni fosse indubbiamente rappresentato dalle ricadute che la finitudine dei flussi di risorse potesse riverberare nella dimensione economica e, segnatamente, dagli effetti che quest'ultima dispiegasse sul benessere dei consociati. Preoccupazioni, quelle correlate alla dimensione sociale dello sviluppo economico, che, come noto, avrebbero almeno in parte incrinato il sistema economico-produttivo di puro mercato e, correlativamente, ridisegnato il ruolo dei pubblici poteri, attraverso la progressiva consacrazione del modello dell'economia sociale di mercato, assurto, con il processo di revisione del diritto primario sovranazionale, al rango di finalità prioritariamente perseguita dall'ordinamento sovranazionale e che, come si tenterà di evidenziare, sembrerebbe ricevere nuova linfa dalla diffusione della filosofia della circolarità.

L'erompere della crisi ambientale e la presa d'atto dell'irreversibilità degli impatti generati dai processi produttivi sulle matrici ambientali che, come noto, hanno rappresentato la cornice fattuale e tecnico-scientifica entro la quale si è collocata la stagione legislativa che, sul versante ordinamentale sovranazionale, ha condotto alla ricomprensione delle esigenze di tutela ambientale nel novero degli obiettivi prioritariamente traggurati dall'ordinamento sovranazionale, hanno costituito

⁵²⁵ Ci si riferisce, in particolare, al saggio di K. E. Boulding, *The economics of the spaceship Earth*, Harvard, 1996, laddove l'autore, nel declinare le problematiche correlate all'imperante modello economico incentrato sullo sfruttamento delle risorse naturali, ha affrontato i temi sui quali è stato modellato il sistema dell'economia circolare, dalle implicazioni sullo stato delle matrici ambientali, sino all'indifettibilità della lotta contro l'obsolescenza programmata.

⁵²⁶ Per un'articolata ricostruzione delle linee di pensiero emerse nel panorama filosofico inglese e francese tra il volgere al termine del XVIII secolo e la prima metà del secolo XIX, sia consentito rinviare a J.L. Cardoso, *The circular economy: historical grounds*, in A. Delicado, N. Domingos e L. de Sousa (eds), *Changing societies: legacies and challenges*, III. *The diverse worlds of sustainability*, Lisbona, 2018, 115 ss.

l'ineludibile presupposto per la declinazione delle teorie sui limiti allo sviluppo economico, industriale e sociale ed allo sfruttamento delle risorse disponibili nella prospettiva della consacrazione di un nuovo paradigma economico, progressivamente destinato a scavalcare il modello dell'economia lineare, fondato sull'eccessivo sfruttamento delle risorse e, correlativamente, caratterizzato dalla perdita di valore dei prodotti conseguente alla produzione e dispersione dell'utilità ritraibili dai rifiuti.

Se, originariamente, tali suggestioni si sono tradotte nella delineazione del modello della *green economy*⁵²⁷ che, com'è stato limpidamente osservato⁵²⁸, rinviene un tratto distintivo nell'esclusiva valorizzazione, attraverso la predisposizione di incentivi, delle esigenze di sostenibilità nello stadio finale del ciclo produttivo, la posizione dell'accento sull'imprescindibilità di una riconversione dell'intero ciclo economico e della funzionalità di quest'ultimo non soltanto rispetto alla garanzia della preservazione delle risorse naturali ma, del pari, in chiave strumentale alla consacrazione di un diverso modello di politica industriale, ha condotto alla graduale emersione del modello dell'economia circolare.

È in tale contesto che si colloca la più nota definizione dell'economia circolare, inaugurata dagli studi condotti dalla *Ellen McArthur foundation*⁵²⁹ ed, almeno in parte, recepita dalle istituzioni euro-unitarie, che identificano i tratti essenziali di quest'ultima nella rigenerazione dei flussi biologici e materiali e della relativa re-immissione all'interno del ciclo naturale e produttivo, richiedendo, pertanto, una revisione degli schemi di produzione e consumo tradizionalmente imperanti, con particolare, sebbene non esclusiva, attenzione alla valorizzazione delle utilità ritraibili dai rifiuti, destinati ad assurgere al ruolo di materie prime da impiegare all'interno del ciclo produttivo, seguendo un approccio alla conformazione dei processi di produzione in netta antitesi rispetto al

⁵²⁷ Per una compiuta ricostruzione delle principali tappe della parabola evolutiva della *green economy* nell'agenda politica internazionale e degli elementi di criticità correlati alla diffusione di tale paradigma economico, sia consentito rinviare ad A. Moliterni, *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico*, in *Riv. quadr. dir. ambiente*, 2020, 2, 32 ss.

⁵²⁸ Ci si riferisce, in particolare, alle acute osservazioni di R. Ferrara, *Brown economy, green economy, blue economy*, cit..

⁵²⁹ Ellen Mc Arthur foundation, *Circular economy introduction*, laddove l'economia circolare è definita come: "A systems solution framework that tackles global challenges like climate change, biodiversity loss, waste, and pollution. It is based on three principles, driven by design: eliminate waste and pollution, circulate products and materials (at their highest value), and regenerate nature. It is underpinned by a transition to renewable energy and materials. Transitioning to a circular economy entails decoupling economic activity from the consumption of finite resources. This represents a systemic shift that builds long-term resilience, generates business and economic opportunities, and provides environmental and societal benefits."

modello tradizionale, incentrato sull'estrazione di materie prime, sulla produzione dei prodotti e la successiva distribuzione per il consumo per concludersi con lo smaltimento in discarica, *recte* con la dispersione dei rifiuti prodotti nell'ambiente.

Opposizione chiaramente emergente sol se si consideri che, pur nella variabilità delle definizioni che di tale concetto sono state elaborate, i caratteri peculiari e, del pari, gli strumenti di attuazione del primo siano pressoché univocamente identificati nell'integrale ridefinizione dei metodi di produzione attraverso la progettazione di prodotti innovativi caratterizzati da un ciclo di vita più ampio, nella valorizzazione dell'impiego di materie destinate ad integrarsi nei cicli biologici, nella promozione di sistemi di consumo sostenibile e, infine, nell'introduzione di metodologie di raccolta e gestione dei rifiuti tali da minimizzare la dispersione di valore⁵³⁰.

L'obiettivo di contenimento dello smaltimento dei rifiuti, invero già compiutamente declinato nella legislazione settoriale di derivazione sovranazionale adottata nella prima decade del secolo XXI, ha costituito il veicolo per l'ingresso di tale polimorfa nozione nel panorama giuridico europeo, gettando le basi per la giuridificazione del concetto e per la successiva revisione del catalogo degli interventi da attuare per pervenire alla consacrazione del nuovo modello di sviluppo economico.

Se l'istituzione di una relazione di derivazione diretta tra la revisione del sistema di gestione dei rifiuti e il perseguimento dell'obiettivo dell'efficienza nell'utilizzo delle risorse, nella prospettiva dell'affermazione del modello basato sulla circolarità, aveva costituito uno tra gli assi portanti della risalente *Tabella di marcia verso un'Europa efficiente nell'impiego delle risorse*⁵³¹, pressoché testualmente riproposto dal Settimo programma di azione in materia ambientale⁵³², è negli atti programmatici successivamente adottati dall'Esecutivo

⁵³⁰ Sul punto, sia consentito rinviare ad A. Murray, K. Skene, K. Heynes, *The circular economy: an interdisciplinary exploration of the concept and application in a global context*, in *Journal of business ethics*, 2017, 143, 369 ss.

⁵³¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, al Comitato delle regioni COM(2011) 571 del 20 settembre 2011.

⁵³² Si veda, in particolare, il punto 38 della Proposta di decisione del Parlamento europeo e del Consiglio su un programma generale di azione dell'Unione in materia di ambiente fino al 2020. Vivere bene entro i limiti del nostro pianeta, a mente del quale: *“Trasformare i rifiuti in una risorsa, come invocato nel quadro della tabella di marcia verso un'Europa efficiente nell'impiego delle risorse, richiede una piena applicazione della legislazione UE sui rifiuti in tutta l'Unione, basata su un'applicazione rigorosa della gerarchia dei rifiuti e che disciplini i diversi tipi di rifiuti. Sono pertanto necessari ulteriori sforzi per ridurre la produzione di rifiuti pro capite in termini assoluti, limitare il recupero energetico di materiali non riciclabili, dismettere le discariche, garantire un riciclaggio di elevata qualità e sviluppare dei mercati per materie prime secondarie. I rifiuti pericolosi dovranno essere gestiti in modo tale da minimizzare gli effetti dannosi per la salute umana e l'ambiente, così come concordato in occasione del vertice di Rio+20. Per raggiungere questo proposito è auspicabile che in tutta l'UE si ricorra in maniera più sistematica a strumenti di*

eurounitario che sembra che possa essere colta l'acquisizione di una più matura consapevolezza circa la centralità del ruolo rivestito dai pubblici poteri nella transizione verso un paradigma economico concettualmente divergente dal modello imperante e, del pari, della funzione che in tale transizione la promozione di sistemi di regolazione indiretta del mercato è destinata a giocare.

Se il tema della gestione sostenibile dei rifiuti costituisce il fulcro del primo programma d'azione europeo per l'economia circolare⁵³³, le istituzioni eurounitarie, muovendo dall'ampliamento del ventaglio delle possibilità correlate all'utilizzo del contratto di appalto in chiave strategica, quale riveniente dall'approvazione della vigente legislazione di diritto derivato sovranazionale nel settore delle pubbliche commesse, hanno chiaramente evidenziato il ruolo assolto dalla contrattazione pubblica nella prospettiva della creazione di un mercato delle materie prime secondarie e, dunque, in funzione servente alla revisione delle fasi che si collocano a monte e a valle del processo produttivo, nonché dell'attuazione, ad ampio spettro, della gerarchia dei rifiuti⁵³⁴.

2. *Il ruolo del sustainable public procurement nella transizione verso nuovi paradigmi di sviluppo: il Green deal europeo e l'affermazione del modello del circular public procurement in un più ampio disegno di politica industriale e ambientale.*

L'esigenza di garantire l'effettività del ricorso alla contrattualistica pubblica in una dimensione strategica e del pari l'acquisizione di una piena consapevolezza circa l'indefettibilità della valorizzazione dei moduli improntati alla ricerca del consenso con la controparte contrattuale privata nella prospettiva della regolazione dei fenomeni giuridici ed economici, costituiscono il *fil rouge* lungo il quale si dipana la *roadmap* tracciata dalle istituzioni eurounitarie lungo la direttrice del conseguimento degli obiettivi di neutralità

mercato che favoriscano la prevenzione, il riciclaggio e il riutilizzo. È opportuno rimuovere gli ostacoli alle attività di riciclaggio nel mercato interno dell'UE e riesaminare gli obiettivi esistenti in materia di prevenzione, riutilizzo, riciclaggio, recupero e di alternative alla discarica per progredire verso un'economia "circolare", con un uso senza soluzione di continuità delle risorse e rifiuti residui quasi inesistenti."

⁵³³ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, COM 2015/614 del 2 dicembre 2015, *L'anello mancante- Piano d'azione dell'Unione Europea per l'economia circolare*.

⁵³⁴ Così, in particolare, il punto 7 dell'allegato IV *bis* alla Direttiva UE 2018/851 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 30 maggio 2018, che modifica la direttiva 2008/98/CE relativa ai rifiuti.

climatica e di riduzione delle emissioni di gas ad effetto serra entro il 2050, nella prospettiva della compiuta implementazione e dell'adeguamento rispetto al mutato contesto fattuale, sociale, economico ed ambientale, di quel modello di crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva che, come noto, aveva costituito l'asse portante della *Strategia Europa 2020*⁵³⁵.

Sebbene il tema dell'uso strategico del contratto pubblico rappresenti ormai patrimonio acquisito nell'esperienza giuridica sovranazionale, positivamente consacrato dalla legislazione di diritto derivato vigente, la significatività delle prese di posizione da ultimo formulate dalle Istituzioni euronitarie e, in particolare, le implicazioni che, in una prospettiva *de iure condendo* sembrerebbero poter da quelle conseguire sulla prima, sembrerebbero poter essere apprezzate con singolare chiarezza sol se si consideri che queste ultime riguardino la contrattazione dei pubblici poteri da una duplice angolazione prospettica, tendente a ravvisare in essa tanto uno strumento preordinato alla lotta contro i cambiamenti climatici e la degenerazione delle risorse naturali, quanto un meccanismo funzionale all'edificazione di un nuovo modello di sviluppo economico-industriale, nonché, secondo una visuale decisamente più lata, un volano per il riassetto del mercato europeo pienamente informato alle logiche di una concorrenza sostenibile.

Ponendosi nel solco delle linee strategiche emerse e consolidatesi nel panorama giuridico internazionale e, segnatamente, muovendo dal dichiarato fine di tradurre nella dimensione operativa gli impegni assunti con la sottoscrizione dell'Accordo di Parigi ed in parte recependo le suggestioni rivenienti dai tentativi di approccio integrato alla risoluzione delle problematiche correlate alla crisi ambientale che, nel medesimo torno di tempo, avevano fatto il proprio ingresso nell'ordinamento giuridico nordamericano⁵³⁶, nel dicembre del 2019, la Commissione Europea ha elaborato una nuova strategia di azione, delineando un'articolata tabella di marcia che appare destinata ad incidere sensibilmente sullo spettro delle politiche europee in materia economica e, per estensione, sulla stessa configurazione del modello dell'economia sociale di mercato, oggetto di una conformazione e rimodulazione secondo una logica chiaramente improntata alla valorizzazione del principio di integrazione.

⁵³⁵ Comunicazione della Commissione, COM (2010)2020 del 3 marzo 2010, *Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*.

⁵³⁶ Si allude, in particolare, alla proposta di Green deal americano formulata dal parlamento statunitense nei primi mesi del 2019. Sul punto, sia consentito rinviare a R. Galvin, N. Healy, *The Green New Deal in the United States: what is and how to pay for it*, in *Energy research and social science*, 2020, 67,

Nel tracciare l'ideale cornice nel solco della quale gli interventi di revisione e di riassetto della legislazione sovranazionale e, più in generale, le misure volte a propiziare la costituzione di una «*società giusta e prospera, dotata di un'economia moderna, efficiente sotto il profilo dell'utilizzo delle risorse*» dovrebbero collocarsi, individuando le aree prioritarie di azione nella fissazione di obiettivi di contenimento delle emissioni inquinanti, di recupero della biodiversità, di promozione della circolarità nei modelli economici, di revisione delle strategie di approvvigionamento energetico–settori, tutti, potenzialmente idonei ad investire il ruolo dei pubblici poteri nella veste di acquirente– il *Green Deal* europeo e, in misura decisamente più pregnante, la copiosa produzione di atti di *soft law* che di quello hanno costituito una diretta gemmazione, sembrerebbero, almeno *prima facie*, preludere ad una netta soluzione di continuità rispetto all'approccio alla contrattazione ecologicamente orientata tradizionalmente perseguito dalle Istituzioni eurounitarie, in parte sopravanzando l'impostazione di *favor* verso l'utilizzo del contratto in chiave strategica che, al pari di quanto si sia tentato di porre in rilievo in precedenza, costituisce la cifra essenziale del più recente intervento di riassetto della legislazione nel comparto delle pubbliche commesse.

Collocandosi in tale ordine di idee, se la posizione dell'accento sull'esemplarità del ruolo ascrivito in capo ai pubblici poteri⁵³⁷ e, segnatamente, sulla strumentalità della conformazione delle procedure di scelta del contraente secondo logiche mediatamente orientate al perseguimento degli obiettivi di tutela dell'ambiente, rispetto al processo di transizione delle entità operanti nel comparto industriale e produttivo verso la riconversione dei rispettivi processi in chiave ecologicamente sostenibile, a più riprese affermata dall'esecutivo eurounitario, costituisce una sostanziale riproposizione delle linee di fondo nel contesto delle quali era maturata la quarta generazione delle direttive nel settore dei pubblici affidamenti, la strategia da ultimo tracciata dalle istituzioni sovranazionali sembrerebbe discostarsi da queste ultime nella misura in cui ha dischiuso

⁵³⁷ Si veda, sul punto, quanto riportato nella Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale, al Comitato delle Regioni COM (2019)640 dell'11 dicembre 2019, il *Green deal europeo*, p. 6: «Le autorità pubbliche, comprese le istituzioni dell'UE, dovrebbero dare l'esempio, assicurandosi che i loro appalti si basino su criteri ecologici.»

la via verso l'elaborazione, da parte dell'esecutivo eurounitario, di parametri e criteri minimi giuridicamente vincolanti.

Profili, quelli da ultimo richiamati, i quali sembrerebbero rivelarsi, come tali, idonei ad incidere, comprimendoli, sui margini di apprezzamento tecnico-valutativo devoluti in capo al pubblico committente in ordine alla definizione delle caratteristiche dell'oggetto del contratto e, più in generale, in punto di modulazione della *lex specialis* di gara.

Ponendo la questione in termini parzialmente diversi, se la connotazione in chiave facoltativa dell'integrazione delle variabili ambientali nei diversi segmenti dell'iter procedurale destinato a culminare nell'aggiudicazione e nella successiva esecuzione del contratto— che, come noto, ha rappresentato una costante della parabola evolutiva dell'integrazione dell'interesse ambientale nel sistema della contrattualistica pubblica delineato dal legislatore sovranazionale oltre ad aver costituito uno tra i molteplici riflessi dell'obiettivo di garanzia della flessibilità procedurale— si era tradotta nell'espansione della latitudine dei margini di apprezzamento commessi in capo all'amministrazione affidante, la posizione dell'accento sulla frammentarietà degli interventi attuati nei contesti ordinamentali nazionali e, di conseguenza, sugli ostacoli alla realizzazione degli obiettivi mediamente correlati all'affidamento della pubblica commessa derivanti dalla ritrosia manifestata dai pubblici committenti rispetto all'integrazione della variabile ambientale nel regolamento negoziale, si traduce in una conformazione dei margini di apprezzamento tecnico-valutativo alle esigenze di sviluppo sostenibile e di integrazione delle finalità di tutela ambientale che sembra, tuttavia, palesarsi in guisa tale da comprimere la *discrezionalità nell'an*, incrementando, al contempo, il tasso di *discrezionalità nel quomodo*.

Sebbene esso segua le medesime logiche che hanno guidato il processo di revisione delle disposizioni settoriali concernenti la promozione dell'efficienza energetica e la riduzione delle emissioni inquinanti dei veicoli a motore, un elemento di alterità rispetto a quest'ultimo sembrerebbe poter essere, non senza ragione, ravvisato nella progressiva estensione del relativo ambito di esplicazione, ribaltando quella relazione di regola-eccezione che aveva costituito il fondamento proprio della delimitazione del perimetro della regolazione alla sequela procedimentale per addivenire all'aggiudicazione piuttosto che incidere sensibilmente sulla configurazione dell'oggetto del contratto.

Se la portata delle evoluzioni potenzialmente rivenienti dagli indirizzi espressi dalla Commissione europea sembra agevolmente intuibile, gli interrogativi che essa sottende si

correlano all'eventuale generalizzazione di questi ultimi in seno alla legislazione di ordine generale chiamata a presiedere ai pubblici affidamenti e, in particolare, alle conseguenze che, sul piano dell'assetto concorrenziale del mercato dei pubblici affidamenti essa sia idonea a determinare.

Collocandosi in tale ordine di idee, benché talune tra le più autorevoli voci del panorama giuspubblicistico europeo, nel prendere atto della sostanziale timidezza con la quale il Legislatore euronitario, all'esito del processo di revisione del previgente *corpus* normativo, abbia affrontato i temi della contrattazione in chiave sostenibile, siano giunte ad elaborare una proposta di riforma della legislazione attualmente in vigore⁵³⁸, incentrato, per quanto di interesse, sulla posizione dell'accento sui benefici derivanti dall'introduzione di disposizioni legislative atte a vincolare le amministrazioni all'uso strategico dei contratti pubblici, l'attuale conformazione del mercato dei pubblici affidamenti e la considerazione per la quale il ruolo proattivo assolto dalla promozione di sistemi di produzione e consumo improntati alla sostenibilità ed alla circolarità dei flussi sia destinato a manifestarsi esclusivamente in un'ottica di medio-lungo periodo, inducono a ritenere che la compressione della platea degli offerenti che da questi ultimi sembrerebbe derivare possa, in linea di principio, propiziare il verificarsi di surrettizie alterazioni dell'assetto concorrenziale del mercato dei pubblici affidamenti, in una con l'incremento dei costi⁵³⁹ correlati all'indizione della procedura ed alla conseguente esecuzione della commessa, la proporzionalità dei quali sembrerebbe difficilmente sindacabile in sede giurisdizionale.

Già presente nel piano di investimenti che ha accompagnato il *Green deal*⁵⁴⁰ e, del pari, ribadita dal successivo piano d'azione per l'economia circolare⁵⁴¹, tale linea di indirizzo

⁵³⁸ Si veda, in particolare, l'articolata ricostruzione di M. Andhov, R. Caranta et al. *Sustainability through public procurement: the way forward. Reform proposals*, 2020, SMART Project report, part. III, Regulatory improvements.

⁵³⁹ Per un'analisi dei costi correlati all'introduzione di un regime obbligatorio di contrattazione ecologicamente orientata in una prospettiva di analisi economica del diritto, sia consentito rinviare a K.M. Halonen, *Is public procurement fit to reach sustainability goals? A law and economics approach to green public procurement*, in *Maastricht journal of European and comparative law*, 2021, 28, 4.

⁵⁴⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale, al Comitato delle Regioni COM(2020)21, del 14 gennaio 2020, *Piano di investimenti per un'Europa sostenibile. Piano di investimenti del Green deal europeo*.

⁵⁴¹ Di cui alla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale, al Comitato delle Regioni COM(2020)98, dell'11 marzo 2020, *Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare. Per un'Europa più pulita e più competitiva*.

costituisce uno tra gli assi portanti sui quali la neo-introdotta strategia per l'ecodesign⁵⁴² e, con essa, la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce il quadro per l'elaborazione delle specifiche tecniche di progettazione dei prodotti ecocompatibili, si fondano, assolvendo, in tale circoscritto ambito, la funzione di *trait d'union* tra tutela dell'ambiente e promozione della circolarità dei processi produttivi e, per estensione, rilancio del comparto industriale europeo, come testimonia la manifestata volontà di includere, tra i criteri e gli obiettivi minimi da integrare nella progettazione dei prodotti da immettere sul mercato europeo considerazioni legate alla *circolarità*.

Si è detto, in precedenza, che il tema della contrattazione pubblica in chiave servente all'implementazione del modello dell'economia circolare abbia costituito una costante nel variegato panorama di atti programmatici e, in misura decisamente meno cospicua, legislativi adottati dalle Istituzioni euro-unitarie. La sempre crescente attenzione riservata alla filosofia della circolarità che, si è visto, tocca le proprie punte massime, nel *Green deal*, ha dato la stura alla consacrazione del modello del *circular public procurement* che, pur affondando le proprie radici nel *green public procurement*, sembra sopravanzarlo in ragione dell'attenzione riservata agli stadi prodromici rispetto all'indizione della procedura di acquisizione, incidendo, in particolare, sulla definizione dell'oggetto contrattuale, per questa via orientando l'attività di selezione e di graduazione degli interessi pubblici che caratterizza la deliberazione di contrarre e, del pari, per l'aspirazione alla conciliazione delle esigenze di tutela dell'ambiente con la garanzia dello sviluppo e del progresso del sistema economico. Conciliazione che, come si è avuto modo di porre in rilievo in precedenza, rinviene un meccanismo operativo nell'adesione al *life-cycle approach*, transitando dall'orientamento dei processi produttivi al ruolo di elemento scriminante nella definizione dell'oggetto del contratto e nel sistema di valutazione delle offerte.

Se non si registra concordia di opinioni circa la portata della nozione e sul relativo fondamento scientifico, note sono le coordinate giuridiche nelle quali quest'ultimo pare destinato a iscriversi, costituendo, in particolare, una più specifica manifestazione del principio di integrazione delle esigenze di tutela dell'ambiente nelle politiche ed azioni europee.

⁵⁴² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale, al Comitato delle Regioni COM(2022) 140 del 30 marzo 2022, *Prodotti sostenibili: dall'eccezione alla regola*.

Collocandosi in tale ordine di idee, le spinte verso l'obbligatorietà del ricorso alla contrattazione ecologicamente orientata nella prospettiva della transizione verso l'economia circolare sembrerebbero, in linea di principio, propiziare una differente chiave di lettura, atta, in particolare, a rimarcare la vincolatività anche nei confronti delle strutture amministrative.

3. *La contrattazione ecologicamente orientata nell'ordinamento francese. Dalla facoltatività alla (almeno)tendenziale cogenza. L'avvicinamento al modello italiano e la comunanza delle problematiche profilabili*

Le considerazioni che sono state sinteticamente formulate in precedenza, e, segnatamente, la posizione dell'accento sui riflessi che l'eventuale trasposizione delle linee programmatiche da ultimo tracciate dall'Esecutivo europeo lungo la direttrice dell'incentivazione del ricorso alla contrattazione pubblica in chiave ecologicamente orientata in guisa di strumento mediatamente preordinato all'attuazione della transizione verso il modello economico-circolare sembra poter riverberare sulla latitudine dei margini di apprezzamento discrezionale devoluti in capo ai Legislatori degli Stati membri e, di converso, sui margini di apprezzamento riservati alle amministrazioni committenti, inducono a ritenere imprescindibile l'indirizzare il discorso verso la disamina di talune tra le più significative esperienze consolidate negli Stati dell'Europa continentale, prendendo abbrivio da una necessariamente incompleta ricognizione delle principali tappe che abbiano scandito la parabola evolutiva della contrattazione sostenibile nell'ordinamento giuridico francese.

Una digressione, quella della quale si discorre, la rilevanza rivestita dalla quale, nell'economia delle presenti riflessioni, sembra possa essere apprezzata tanto laddove la relativa traguardata da una prospettiva di ordine storico-ricostruttivo –come tale destinata ad investire, in termini più ampi, le problematiche intrinsecamente correlate all'utilizzo del modulo contrattuale nella prospettiva del perseguimento di interessi generali– quanto, ed in misura decisamente più significativa, ove si rivolga l'attenzione ai più recenti interventi di revisione della legislazione settoriale nel comparto delle pubbliche commesse⁵⁴³. Innovazioni,

⁵⁴³ Il riferimento corre, in particolare, alla recente Loi n. 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique.

la cui cifra essenziale sembrerebbe poter essere ravvisata nella tendenziale adesione ad un modello di regolazione sostanzialmente improntato all'ascrizione di una posizione di centralità alla valorizzazione delle variabili ambientali, da condurre mercé l'introduzione, in capo alle amministrazioni committenti, di obblighi di integrazione delle clausole ecologicamente orientate all'atto della predisposizione della *lex specialis* di gara; profili, quelli da ultimo rammentati, dai quali sembrerebbe esser dato inferire un, sia pur tendenziale, avvicinamento alle soluzioni invalse sul versante ordinamentale nazionale.

La compiuta comprensione della significatività e dell'effettiva consistenza delle innovazioni direttamente rivenienti dal processo di integrazione europea, le quali, come noto⁵⁴⁴, sembrerebbero aver sortito l'effetto di condurre al definitivo tramonto delle concezioni e delle categorizzazioni concettuali dalle quali, sul piano della legislazione positiva, aveva tratto alimento l'introduzione di un nutrito corpus disposizioni chiamate a governare *l'adjudication des marchés publics*, e che avevano propiziato, nella riflessione dogmatica, l'elaborazione della teorica del *contrat administratif*⁵⁴⁵, incidendo sulla selezione degli interessi pubblici compiutamente traggurati dall'addentellato legislativo e, mediatamente, sulla latitudine dei margini di apprezzamento tecnico valutativo devoluti in capo alle amministrazioni committenti, in una con la gradualità che ha contraddistinto l'integrazione delle considerazioni ambientali nelle procedure di scelta del contraente in seno all'ordinamento transalpino, parrebbe richiedere di svolgere talune considerazioni di massima in merito alle linee di fondo che, in una prospettiva di carattere storico, abbiano costituito l'architrave sul quale ha tradizionalmente poggiato l'intelaiatura legislativa francese.

Climatique ert renforcement de la résilience face à ses effets, nella pare in cui, nel novellare le conferenti disposizioni di cui al codice dei contratti pubblici, sembrerebbe aver dato la stura alla progressiva compressione dell'ambito di applicazione oggettiva del criterio di aggiudicazione fondato sul massimo ribasso, attraverso la previsione di un obbligo di inserzione dei criteri ambientali tra i parametri al riscontro dei quali ancorare la selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

⁵⁴⁴ In ciò denotando la sussistenza di sostanziali profili di analogia rispetto alle vicende che abbiano accompagnato le evoluzioni della disciplina legislativa concernente l'aggiudicazione delle pubbliche commesse nell'ordinamento italiano.

⁵⁴⁵ Sia, sul punto, consentito rinviare a G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif: Théorie générale des contrats de l'administration*, Parigi, 1934, A. De Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1957, G. Salon, *Gaston Jèze et la théorie générale des contrats administratifs*, in *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1986, Y. Gaudemet, *Pour une nouvelle théorie générale des contrats administratifs: mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2010, 2, 313 ss. M. Amhilat, *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union Européenne*, Bruxelles, 2014

La metodologia della quale si discorre sembrerebbe rinvenire una solida argomentazione giustificativa nella considerazione per la quale, ad onta dei profili di analogia pianamente emergenti dal raffronto tra la disciplina contabilistica nazionale e gli omologhi provvedimenti legislativi adottati nel panorama giuridico francese, un elemento differenziale possa essere ravvisato nelle resistenze che nell'ordinamento transalpino abbia incontrato il piegamento della contrattazione pubblica al perseguimento di interessi pubblici trascendenti la garanzia della *mise en concurrence*, dichiaratamente funzionale al conseguimento dell'*adjudication au rabais* e, dunque, alla garanzia dell'interesse finanziario del pubblico committente.

Sebbene tanto la disciplina di diritto italiano, quanto le disposizioni in vigore nell'ordinamento francese nel periodo storico a cavaliere tra il volgere al termine del secolo Diciannovesimo e la prima metà del Ventesimo rinvenissero un tratto unificante nell'esclusiva funzionalizzazione al perseguimento degli obiettivi correlati al contenimento della spesa pubblica—riflettendosi nella compressione dei margini di apprezzamento devoluti in capo al pubblico committente in ordine alla valorizzazione delle caratteristiche qualitative delle prestazioni⁵⁴⁶, quale emergente dalla delineazione di sistemi di selezione della controparte contrattuale e dell'offerta aggiudicataria, incentrati sulla valutazione della componente economica— è d'uopo rilevare come la configurazione concretamente assunta dall'apparato disciplinare nell'ordinamento italiano non si sia, in linea di principio, rivelata ostativa alla tendenziale ammissibilità di un utilizzo del modulo contrattuale in chiave di meccanismo indirettamente finalizzato al perseguimento di interessi pubblici ulteriori e, in particolare, quale strumento di politica industriale, mediatamente orientato all'ammodernamento ed all'incremento della dotazione infrastrutturale del Paese⁵⁴⁷.

Ciò che sembrerebbe denotare un sensibile discostamento dall'approccio alla *neutralité*⁵⁴⁸ nella regolazione delle pubbliche commesse emerso e consolidatosi nell'ordinamento francese e

⁵⁴⁶ Sia, sul punto consentito rinviare alle acute riflessioni formulate da H. Lemesle, *Concurrence et publicité pour tous les marchés publics? De la naissance d'un principe à sa mise en application dans la France du XIX^e siècle*, in P. Bezes, F. Descamps, S. Kott e L. Tallineau, *L'invention de la gestion des finances publiques*, Vincennes, 2010, 191ss. *Réglementer l'achat public en France, XVII^e- XIX^e siècle*, in *Génesis*, 2010, 3, 8 ss,

⁵⁴⁷ Sia, sul punto, consentito rinviare alle considerazioni sinteticamente svolte nel capitolo introduttivo.

⁵⁴⁸ Neutralità scalfita, sia pur in misura decisamente parziale, dal progressivo erompere, nel panorama giuridico francese, a far data dalla seconda metà dello scorso secolo, di orientamenti tendenti a predicare l'astratta possibilità di un piegamento del sistema dei *marchés publics* alla realizzazione di obiettivi di natura sociale, destinati a scontrarsi con la preminenza accordata alle finalità di contenimento nell'utilizzo delle risorse pubbliche. Per una compiuta ricostruzione di tali linee di indirizzo e, più in generale, dei caratteri propri della relazione dicotomica tra finalità

sostanzialmente riproposto, sia pur con minimi elementi differenziali, nei molteplici interventi di riassetto della legislazione di diritto nazionale, direttamente conseguenti al processo di revisione delle disposizioni di derivazione sovranazionale.

E, invero, se gli interventi di regolazione del settore dei pubblici affidamenti adottati a nell'arco temporale immediatamente successivo alla Restaurazione⁵⁴⁹ rinvenivano un *proprium* nella posizione dell'accento sulle esigenze di garanzia di trasparenza del procedimento di aggiudicazione e di effettiva contendibilità della commessa, tali istanze sembrerebbero essere state pressoché integralmente trasfuse nei molteplici rimaneggiamenti dai quali è stata interessata la disciplina della *commande publique* nel corso dei successivi centocinquant'anni.

Collocando la questione nel cono d'ombra della valorizzazione delle esigenze correlate al perseguimento di istanze di sostenibilità ambientale mercé il ricorso alla contrattazione pubblica, le resistenze manifestate in ordine al superamento della *neutralité de la commande publique*, sembrerebbero emergere con particolare chiarezza laddove si ponga mente ad un duplice ordine di considerazioni.

In tale prospettiva, sebbene l'adozione del vigente *code de la commande publique* e, correlativamente, l'esplicita consacrazione delle esigenze di *developpement durable* alla stregua di finalità prioritariamente traguardate costituiscano i più maturi frutti di un percorso evolutivo i cui prodromi sembrerebbero cronologicamente precedere la consacrazione delle istanze *de quibus* in seno alla legislazione di derivazione sovranazionale, l'esclusiva funzionalizzazione dell'apparato disciplinare alla tutela dell'interesse finanziario dell'amministrazione committente sembrerebbe aver rappresentato la ragion ultima delle resistenze manifestate in ordine alla valorizzazione dei criteri ambientali nel segmento cruciale della valutazione delle offerte.

Collocandosi in tale ordine di idee, non appare priva di rilievo la constatazione per la quale, benché le suggestioni rivenienti dalle linee programmatiche tracciate dall'Organizzazione delle Nazioni Unite nell'ormai risalente Agenda 21 avessero condotto da un canto alla delineazione di nuovi obiettivi di politica ambientale⁵⁵⁰, dall'altro alla consacrazione del principio dello sviluppo sostenibile in seno alla legislazione positiva e, in particolare, all'esplicita

economico-finanziaria e fini sociali, sia consentito rinviare a L. Bourcier de Carbon, *Les marchés publics dans l'économie française*, in *La Revue administrative*, 1961, 83, specie 472.

⁵⁴⁹ Si veda, in particolare, l'Ordonnance Royale del 4 dicembre 1836.

⁵⁵⁰ Il riferimento corre, in particolare, all'adozione, nel 1996, della strategia nazionale "*Verdissement de l'administration*"

ricomprensione tra i principi fondamentali in materia di gestione e governo del territorio⁵⁵¹, queste ultime abbiano dispiegato dei riflessi più circoscritti sulla configurazione della disciplina settoriale in tema di pubblici affidamenti, come pianamente inferibile dalla sia pur sommaria disamina dell'articolato del *code de marchés publics* emanato con *décret* n. 2001-110.

Se quest'ultimo, in parte discostandosi dai propri immediati antecedenti, conteneva riferimenti alla possibilità di integrare le considerazioni di natura ambientale nel contesto del pubblico affidamento, i margini di apprezzamento devoluti in capo all'amministrazione committente venivano ad essere circoscritti alla modulazione, in chiave ecologicamente orientata, delle clausole contrattuali concernenti le modalità di esecuzione della commessa⁵⁵², con l'implicita esclusione della possibilità di valorizzare le caratteristiche ambientali delle prestazioni dedotte in contratto attraverso l'inclusione di queste ultime tra i parametri da valutare al fine di addivenire alla selezione della migliore offerta.

I primi segnali di una progressiva erosione della valenza centrale rivestita dalle esigenze di contenimento della spesa pubblica, inevitabilmente destinati a riflettersi sulla concreta configurazione della disciplina settoriale, sembrerebbero, purtuttavia, poter essere colti nella più generale tendenza all'ascrizione di un sempre crescente rilievo al perseguimento di finalità correlate all'attuazione del principio dello sviluppo sostenibile, trascendente il circoscritto comparto dell'aggiudicazione delle pubbliche commesse.

Se la trasposizione⁵⁵³ delle direttive di terza generazione aveva condotto alla positiva ricomprensione delle caratteristiche ambientali nel novero dei parametri di valutazione delle offerte⁵⁵⁴, l'acquisizione di una più matura consapevolezza in merito alla necessità di rimeditare

⁵⁵¹ Sia, sul punto, consentito richiamare alla memoria la disposizione di cui all'art. 1, LOI n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, a tenore della quale: *“La politique d'aménagement et de développement du territoire concourt à l'unité et à la solidarité nationales. Elle constitue un objectif d'intérêt général. Elle a pour but d'assurer, à chaque citoyen, l'égalité des chances sur l'ensemble du territoire et de créer les conditions de leur égal accès au savoir. Elle a pour objet la mise en valeur et le développement équilibré du territoire de la République.”*

⁵⁵² Si veda, in particolare, la disposizione di cui all'art. 14, *décret* 2001-110, a mente della quale: *“La définition des conditions d'exécution d'un marché dans les cahiers des charges peut viser à promouvoir l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion, à lutter contre le chômage ou à protéger l'environnement. Ces conditions d'exécution ne doivent pas avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels.”*

⁵⁵³ Avvenuta con *Décret* 2004-15 2004

⁵⁵⁴ Si veda, in particolare, la disposizione di cui all'art. 53, par. 2, a tenore della quale: *“Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, la personne publique se fonde sur divers critères variables selon l'objet du marché, notamment le coût d'utilisation, la valeur technique de l'offre, son caractère innovant, ses performances en matière de protection de l'environnement, ses performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le délai d'exécution, les qualités esthétiques et fonctionnelles, le service après-vente et l'assistance technique, la date et le délai de livraison, le prix des prestations.”*

l'approccio neutrale alla regolazione del settore dei pubblici affidamenti sembrerebbe aver costituito una diretta gemmazione della consacrazione della tutela ambientale e delle esigenze di sostenibilità dello sviluppo alla stregua di valori di rilievo costituzionale.

È, invero, nel contesto dell'emanazione della *Charte de l'environnement*⁵⁵⁵ che si colloca il terzo intervento⁵⁵⁶ di revisione del corpus legislativo transalpino.

Se quest'ultimo ha, da un canto, portato a compimento il percorso di integrazione delle considerazioni di natura ambientale tanto in ordine alla definizione dell'oggetto contrattuale⁵⁵⁷, quanto in punto di selezione degli offerenti e delle offerte⁵⁵⁸, trasponendo nel panorama di diritto interno il contenuto precettivo delle disposizioni di derivazione sovranazionale e, in particolare, circondando l'esercizio del potere di valutazione tecnica all'uopo commesso in capo al pubblico committente con cautele dichiaratamente funzionali ad elidere in radice il verificarsi di distorsioni dell'assetto concorrenziale del mercato dei pubblici affidamenti, sembrerebbe del pari discostarsene, nel porre in capo alle amministrazioni committenti l'obbligo di prendere in considerazione gli obiettivi correlati all'attuazione del principio dello sviluppo sostenibile in una fase logicamente e cronologicamente antecedente rispetto all'apertura del confronto competitivo e, segnatamente, all'atto della definizione e specificazione delle esigenze concretamente avute di mira dal pubblico affidante⁵⁵⁹. Previsione, quest'ultima, pressoché testualmente trasfusa nell'intervento di riassetto della disciplina legislativa francese conseguente alla trasposizione dell'ultimo pacchetto di direttive europee.

⁵⁵⁵ Che, per quanto di interesse, dispone, all'art. 6, "*Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social*". Per una compiuta ricostruzione del dibattito emerso in seno alla scienza giuridica transalpina e dei profili di criticità correlati alla ricomprensione della tutela ambientale e del principio dello sviluppo sostenibile in seno alla Costituzione, sia consentito rinviare alle acute riflessioni formulate da A. Capitani, *La Charte de l'environnement, un leurre constitutionnel?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2005, 3, 493 ss., nonché, M. Prieur, *La Charte de l'environnement: droit dur o gadget politique*, in *Pouvoirs*, 2008, 4, 49 ss., Id, *Promesses et réalisations de la Charte de l'environnement*, in *Les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2014, 2, 5 ss.

⁵⁵⁶ Culminato, nel 2006, nell'adozione di una nuova versione del codice dei contratti pubblici.

⁵⁵⁷ Il riferimento corre, in particolare, al riconoscimento della legittimità dell'inserzione di clausole ambientali all'atto della redazione delle specifiche tecniche ex art. 6.

⁵⁵⁸ Così, in particolare l'art. 53.

⁵⁵⁹ Sia, al riguardo, consentito richiamare alla memoria la disposizione di cui all'art. 5.

Le considerazioni che precedono e, segnatamente, la connotazione in termini di obbligatorietà⁵⁶⁰ della *prise en compte* delle esigenze correlate all'attuazione di condizioni di sviluppo sostenibile sembrerebbero non peregrinamente indurre ad interrogarsi sul se l'elemento del quale si discorre sia idoneo a riflettersi, comprimendoli, sui margini di apprezzamento devoluti in capo all'amministrazione committente in ordine alla modulazione della *lex specialis* di gara attraverso la previsione di criteri, parametri e caratteristiche che del primo costituiscano una specificazione.

Ponendo la questione in termini parzialmente diversi, gli elementi di analogia *prima facie* emergenti dal raffronto tra il tenore letterale della disposizione de qua e la previsione di diritto interno concernente l'obbligatoria integrazione dei criteri ambientali minimi, inducono ad interrogarsi sull'eventuale estensibilità del perimetro dell'obbligo commesso in capo alle amministrazioni aggiudicatrici transalpine in relazione ad uno stadio successivo alla definizione delle esigenze.

Se il *code de la commande publique*, nella formulazione attualmente vigente, si pone in linea di sostanziale continuità con la precedente intelaiatura codicistica, e, in particolare, per quel che concerne la devoluzione, in capo alle amministrazioni affidanti, di considerevoli margini di apprezzamento tecnico-valutativo in ordine alla modulazione delle specifiche tecniche o dei criteri di aggiudicazione in prospettiva ecologicamente orientata, estendendo il perimetro delle valutazioni rimesse in capo al pubblico committente quanto all'*an* della previsione di criteri verdi nelle diverse articolazioni del procedimento di valutazione comparativa, tali conclusioni sembrerebbero, almeno potenzialmente, dover essere rimediate alla luce delle modifiche apportate dalla recente *Loi climat et résilience*⁵⁶¹.

Ed invero, l'atto legislativo da ultimo richiamato, iscritto nel ben più ampio contesto dell'attuazione, nel panorama ordinamentale interno, degli obiettivi di contenimento delle emissioni climalteranti e di conseguimento della neutralità climatica tracciati sul versante sovranazionale ed internazionale, nel rafforzare il valore strategico della contrattazione pubblica nella prospettiva dell'attuazione degli obiettivi di riduzione degli impatti generati sulle risorse ecosistemiche dai processi produttivi, sembra portare a compimento il percorso di

⁵⁶⁰ Sulla relativa configurazione in termini di *obligation de moyen*, si vedano le osservazioni formulate da H. Delzangles, *Commande publique et environnement, jusq'ou peut-on aller?*, in *Revue juridique de l'environnement*, 2015, 1, 13 ss.

⁵⁶¹ Loi n. 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets.

allontanamento della regolazione delle pubbliche commesse dall'esclusiva garanzia della *mise en concurrence*, per inaugurare, al contrario, una stagione legislativa improntata alla conciliazione tra le esigenze di competitività e di garanzia dell'accorta spendita delle pubbliche risorse e la promozione della sostenibilità degli acquisiti.

Ne consegue l'affermazione di una differente configurazione della contrattazione pubblica, costituente un ideale completamento del modello dell'*État exemplaire*⁵⁶² affermatosi nel panorama d'oltralpe sin dall'emersione degli obiettivi di *développement durable* nel primo turno degli anni Novanta dello scorso secolo, che avevano condotto all'elaborazione della prima Strategia nazionale in materia di sviluppo sostenibile ed all'adozione delle c.d. *Loi Grenelle de l'environnement* e, più di recente, rinvigorito dalla formulazione di una proposta emendativa⁵⁶³ del testo costituzionale, volta alla cristallizzazione del principio dello sviluppo sostenibile tra i principi fondamentali dell'ordinamento repubblicano ed alla consacrazione di quest'ultimo alla stregua di limite esterno all'esercizio della potestà e della correlativa discrezionalità legislativa ed amministrativa.

Collocandosi in tale ordine di idee, sebbene tale vocazione emerga dalle disposizioni di principio⁵⁶⁴ recate dall'atto legislativo da ultimo richiamato, i profili maggiormente significativi e, del pari, potenzialmente forieri di problematicità, stanti i riflessi che questi ultimi siano potenzialmente idonei a dispiegare sul perimetro del potere valutativo commesso in capo al pubblico affidante, sembrerebbero poter, non senza ragione, essere ravvisati nelle disposizioni di ordine puntuale.

Se l'estensione dell'ambito di applicazione oggettivo delle clausole ecologicamente orientate al settore delle concessioni non sembra destare particolari criticità, limitandosi a trasporre compiutamente l'*acquis* di derivazione sovranazionale, a conclusioni dissimili sembrerebbe doversi pervenire con riguardo all'obbligatorietà dell'integrazione di considerazioni ambientali all'atto della definizione delle specifiche tecniche, che sembrerebbe trascendere gli angusti

⁵⁶² Per una compiuta ricostruzione del modello dell'*état exemplaire* e per la classificazione di quest'ultimo come nozione omnicomprensiva dei concetti di interesse generale, responsabilità ed efficacia, sia consentito rinviare a E. Deschamps, *L'État exemplaire: slogan ou nouveau principe?*, in *Revue française d'administration publique*, 2012, 143.

⁵⁶³ Si veda, in particolare, la *Proposition de loi constitutionnelle n. 3943*

⁵⁶⁴ Il riferimento corre, in particolare, alla disposizione di cui all'art. 35, par. 1, nella parte in cui dispone: « *Art. L. 3-1.-La commande publique participe à l'atteinte des objectifs de développement durable, dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale, dans les conditions définies par le présent code.* »

confini di ben determinate categorie di affidamenti⁵⁶⁵ e, del pari, in riferimento all'obbligatoria inclusione dei criteri di sostenibilità ambientale tra i parametri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa⁵⁶⁶.

Gli interrogativi che gli interventi di novella da ultimo rammentati sembrerebbero recare seco, e, in particolare, da un canto le ripercussioni che questi ultimi potrebbero sortire sull'esigenza di garanzia della minor spesa di pubbliche risorse, dall'altro i riflessi che l'obbligo del quale si discorre si palesi potenzialmente idoneo a dispiegare sull'effettiva contendibilità della commessa—la risoluzione dei quali parrebbe postulare la compiuta applicazione, da parte delle amministrazioni committenti, del principio di proporzionalità—inducono, non peregrinamente, a chiedersi se la configurazione che, nell'ordinamento transalpino, il sindacato giurisdizionale sulle manifestazioni dell'esercizio del potere amministrativo ha tradizionalmente assunto e, in particolare, la consistenza e la profondità dei limiti che lo scrutinio del giudice amministrativo incontra, si riveli idonea a stornare i rischi di una surrettizia violazione, ad opera del pubblico affidante, dei principi generali di derivazione sovranazionale del diritto dei contratti pubblici e, di converso, se le evoluzioni che hanno caratterizzato la disciplina legislativa transalpina abbiano condotto ad una diversa modulazione della natura e dei caratteri intrinseci del principio di proporzionalità.

Con particolare riguardo al profilo da ultimo richiamato, è noto che, discostandosi sensibilmente tanto dalle tendenze invalse nell'ordinamento tedesco⁵⁶⁷, quanto, sia pur in misura decisamente meno sensibile, dalle elaborazioni concettuali emerse nel panorama giurisprudenziale, dogmatico e legislativo italiano in un torno di tempo anteriore alla codificazione ed alla revisione della legge generale sul procedimento amministrativo, nel contesto ordinamentale francese il canone di proporzionalità non figura nel catalogo dei principi generali informanti l'esercizio della funzione amministrativa e ciò tanto in relazione al

⁵⁶⁵ Art. 35, par. II “I.-La deuxième partie du code de la commande publique est ainsi modifiée : 1° L'article L. 2111-2 est complété par une phrase ainsi rédigée : « Ces spécifications techniques prennent en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale. »

⁵⁶⁶ Si veda, in particolare, l'art. 35, par. VI.

⁵⁶⁷ Laddove, come noto, il principio di proporzionalità, sviluppatosi grazie all'opera della giurisprudenza amministrativa, soprattutto nel settore del c.d. *Polizrecht*, ha gradualmente assunto una dimensione costituzionale. Si vedano, al riguardo, le acute osservazioni formulate da M. Carrà, *Sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità e principi dello stato di diritto in Germania*, in S. Torricelli (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Torino, 2018, specie 207.

settore dei pubblici affidamenti⁵⁶⁸ e, per estensione, dell'attività svolta dai pubblici poteri attraverso il ricorso a moduli privatistici, quanto, in una dimensione significativamente più lata, in ordine all'attività di matrice autoritativa, caratterizzata dalla spendita di *pouvoir discretionnaire*.

Circoscrivendo, l'attenzione al comparto della contrattualistica pubblica, il principio, pur assunto al ruolo di principio generale del diritto eurounitario e, come tale, destinato ad imporsi nelle compagini statuali nazionali, non sembrerebbe rappresentare altro, se non un più circoscritto riflesso dei principi di *égalité de traitement* e di *liberté d'accès à la commande publique*, assurgendo, in particolare, al ruolo di tecnica di verifica giudiziale in ordine al rispetto dei principi fondamentali nominativamente indicati dalla fonte legislativa.

Appare significativo il constatare che i pur molteplici rimandi alla nozione di *proportionnalité*, caratterizzanti la modulazione delle regole dell'azione amministrativa in ordine ai diversi segmenti in cui si articola il procedimento di scelta del contraente, non abbiano condotto alla positivizzazione del principio, né alla consacrazione di quest'ultimo alla stregua di criterio condizionante, in una accezione limitativa, la libertà di scelta commessa in capo all'amministrazione, diversamente da quanto avvenuto in relazione all'ambito di operatività del principio di trasparenza nell'operato dell'amministrazione affidante.

Un profilo, quest'ultimo, che sembrerebbe emergere pianamente laddove si ponga mente alla considerazione per la quale gli orientamenti ermeneutici prevalenti del *Conseil d'État* in relazione alla deduzione di censure incentrate sulla mancata proporzionalità delle decisioni assunte dalle amministrazioni committenti— ad esempio in punto di selezione e ponderazione dei criteri valutativi sulla scorta dei quali pervenire all'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa—tendano a circoscrivere il sindacato sull'esercizio del potere di valutazione tecnica e, correlativamente, a ritenere integrato il vizio dedotto esclusivamente nelle ipotesi in cui la modulazione della *lex specialis di gara* conduca alla surrettizia violazione del principio di trasparenza⁵⁶⁹.

Le considerazioni che precedono inducono a ritenere opportuno soffermarsi, senza pretesa di esaustività, sulle tappe di maggior rilievo che abbiano scandito, nell'ordinamento d'oltralpe, la parabola evolutiva del giudizio sull'*excès de pouvoir* e, del pari, sulle conseguenze che, sul piano della giustiziabilità delle posizioni giuridiche attive vantate dal concorrente, ipoteticamente lese

⁵⁶⁸ Sia, al riguardo, consentito richiamare alla memoria la disposizione di cui all'art.

⁵⁶⁹ Si vedano, in particolare, le conclusioni rassegnate da Conseil d'Etat, VII, arrê7 10 juin 2020, 431194.

da un non corretto esercizio del potere devoluto in capo all'amministrazione affidante, derivino dalla connotazione del canone di proporzionalità esclusivamente alla stregua di tecnica di controllo sull'uso del potere discrezionale⁵⁷⁰.

È noto, al riguardo, che uno tra i più maturi frutti della giurisprudenza del Consiglio di Stato francese nel torno di tempo intercorrente tra il volgere al termine dell'età imperiale ed il primo decennio del secolo XX, destinato ad esercitare una significativa influenza sull'operato delle corti di diritto amministrativo dell'Europa Continentale e, dunque, sulla delineazione dei caratteri più significativi della giurisdizione amministrativa, possa non senza ragione, essere ravvisato nella progressiva elaborazione di criteri di giudizio volti a scrutinare le molteplici espressioni dell'esercizio del potere amministrativo discrezionale.

Il punto di arrivo di tale parabola evolutiva, che ha condotto all'estensione del perimetro della sindacabilità degli atti amministrativi— dapprincipio esclusivamente circoscritta ai profili di ordine formale, correlati all'osservanza del principio di legalità—verso gli aspetti di carattere sostanziale legati alla valutazione circa il corretto uso del potere discrezionale commesso all'amministrazione procedente dalla norma attributiva del potere, transitando dal controllo in merito alla rispondenza delle finalità perseguite dall'amministrazione nella fattispecie concreta in rapporto al paradigma delineato dalla norma—attraverso la delineazione del vizio del *detournement de pouvoir*— alla valutazione concernente l'apprezzamento, da parte dell'amministrazione procedente, delle circostanze di fatto e dei presupposti giuridici dell'atto amministrativo— mercé la consacrazione dei vizi dell'*erreur de fait* e de *l'erreur manifeste d'appréciation*— è rappresentato dalla progressiva elaborazione, a far data dalla seconda metà dello scorso secolo, del controllo giudiziale fondato sullo scrutinio diretto dell'apprezzamento dei molteplici interessi pubblici e privati compresenti nella fattispecie concreta, attraverso la consacrazione del *bilan cout-avantage*⁵⁷¹ e, successivamente, del *contrôle de proportionnalité*. Ciò che ha condotto alla graduale elisione dei confini dell'azione attratta al merito e, pertanto, non sindacabile, sia pur con esclusivo riguardo alle fattispecie relativamente alle quali la sussistenza di una *puissance publique* riconducibile all'esercizio di un potere discrezionale c.d. puro e, di

⁵⁷⁰ Ampi riferimenti, al riguardo, in W. Gasparri, *Mutamenti e trasformazioni del sindacato sul potere discrezionale nell'esperienza francese*, in S. Torricelli (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Torino, 2018, 219 ss.

⁵⁷¹ Per la posizione dell'accento sui profili di analogia intercorrenti tra il *bilan cout-avantage* ed il controllo di proporzionalità, sia consentito rinviare ad A. Sandulli, *La proporzionalità*, cit., cap.II.

converso, la potenziale compressione dei *droits de liberté* riconosciuti in capo ai consociati che dall'esercizio della prima fossero attinti apparissero particolarmente emergenti.

Se, dunque, le aperture formulate in via pretoria verso un più penetrante controllo dei modi di esercizio del potere amministrativo, hanno dischiuso la via alla valorizzazione delle esigenze di tutela delle posizioni soggettive eventualmente pregiudicate da un non corretto esercizio del potere pubblico⁵⁷², specie se correlato all'adozione di un atto o di un provvedimento amministrativo in rapporto al quale la posizione vantata dal privato si configurasse quale interesse oppositivo, in linea di principio frustrata da un sistema di controllo incentrato sulla valutazione dei soli vizi di ordine formale, a conclusioni diametralmente opposte sembrerebbe doversi pervenire in relazione al settore della contrattualistica pubblica.

Il riconoscimento, in capo al pubblico committente, di un *pouvoir discrétionnaire*, quand'anche involgente l'esercizio di un potere di valutazione tecnica, *recte* la posizione dell'accento sulla *liberté contractuelle* e sull'esigenza di salvaguardia di quest'ultima e, di converso, l'opinabilità e la variabilità del giudizio ai quali inevitabilmente si correlerebbe il rischio di *administrer en jugeant l'administration*⁵⁷³ e, dunque, di una surrettizia violazione del principio di separazione dei poteri, sembrerebbero costituire la ragione ultima degli orientamenti alquanto restrittivi progressivamente consolidatisi e tuttora imperanti nella giurisprudenza amministrativa di prime e di seconde cure.

La perdurante tendenza del giudice amministrativo transalpino, analogamente a quanto riscontrabile nel panorama giurisprudenziale italiano, a circoscrivere i confini del sindacato giurisdizionale sulla previsione dei requisiti speciali di qualificazione dell'operatore economico⁵⁷⁴, sulla modulazione dei criteri di valutazione delle offerte⁵⁷⁵, nonché in merito

⁵⁷² Si vedano, in particolare, le conclusioni rassegnate da J. M Sauvé, *Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés?*, in *Les Cahiers Portalis*, 2018, 1, 9ss.

⁵⁷³ Il riferimento corre, in particolare, alla nota espressione di Henrion de Pansey nel monumentale scritto *De l'autorité judiciaire* del 1818, laddove l'autore, nel declinare il principio di separazione tra i poteri dello Stato nella prospettiva della perimetrazione della sindacabilità degli atti amministrativi, rinveniva una ragione giustificativa della compressione dello scrutinio riservato al giudice amministrativo nella considerazione per la quale "*Juger l'administration, c'est encore administrer*"

⁵⁷⁴ E, correlativamente, sulla valutazione compiuta dall'amministrazione in sede di riscontro dell'integrazione dei requisiti previsti da parte dell'aspirante contraente. Sul punto, sia consentito rinviare alle conclusioni rassegnate da Conseil d'Etat, arrêt du 23 janvier 2012, n. 3470, laddove il giudice amministrativo ha, inter alia, posto in rilievo che: "*le juge de l'excès de pouvoir ne peut censurer l'appréciation portée par l'autorité administrative, en application de cet article, sur les garanties et capacités techniques et financières que présentent les candidats à un marché public, ainsi que sur leurs références professionnelles, que dans le cas où cette appréciation est entachée d'une erreur manifeste*"

⁵⁷⁵ Così, in particolare, la *Cour Administrative d'Appel de Nantes*, IV, arrêt 30 juin 2015, n.13NT02417.

all'attribuzione dei punteggi ed al giudizio sull'anomalia dell'offerta— elementi, tutti, sui quali l'integrazione dell'interesse ambientale può esercitare una non trascurabile incidenza— entro gli angusti spazi dell'*erreur manifeste d'appréciation*⁵⁷⁶, la pressoché esclusiva valorizzazione dell'adempimento o del mancato adempimento degli obblighi di trasparenza da parte dell'assegnante pubblico, l'incremento del tasso di complessità delle valutazioni commesse in capo al pubblico committente e correlato all'integrazione delle clausole ambientali nel regolamento negoziale e tra le disposizioni atte a regolare il procedimento di scelta del *cocontractant*, sembrerebbero contribuire ad accrescere la latitudine dei confini dell'apprezzamento riservato ai pubblici poteri, rendendo, di fatto insindacabile l'eventuale sproporzione del sacrificio imposto al potenziale contraente in rapporto alle finalità compiutamente perseguite— *recte* il bilanciamento tra gli obiettivi di sostenibilità ambientale e di promozione della contendibilità del mercato delle pubbliche commesse che della definizione della *lex specialis* di gara costituisce l'ineludibile presupposto.

La tendenziale generalizzazione degli obblighi di integrazione di clausole ambientali nel regolamento negoziale rappresenta, del pari, la cifra essenziale di taluni interventi regolatori di maggior respiro, destinati a rivestire una funzione dichiaratamente strumentale all'implementazione del modello dell'economia circolare nel panorama transalpino e potenzialmente idonei a dare la stura alla consacrazione, ad opera della fonte legislativa, del *circular public procurement*⁵⁷⁷ ed alla correlativa delineazione dei relativi tratti distintivi in rapporto all'ormai consolidato modello del green public procurement.

È nel contesto della recente *feuille de route por l'économie circulaire*⁵⁷⁸ che sembrerebbero poter essere colti alcuni tra i più significativi elementi atti ad evidenziare la sussistenza di una netta soluzione di continuità rispetto all'impostazione tradizionalmente prescelta dal Legislatore e, in una prospettiva di ordine generale, dalle amministrazioni nazionali d'oltralpe, in ordine alla valorizzazione delle funzioni strumentalmente e mediatamente assolte dalla contrattualistica pubblica, con un tendenziale bilanciamento tra gli obiettivi di promozione della contendibilità

⁵⁷⁶ Per un'esauritiva ricostruzione di tale vizio, sia consentito rinviare a J.Y. Vincent, *L'erreur manifeste d'appréciation*, in *La revue administrative*, 1971, 142, 407 ss.

⁵⁷⁷ Si vedano, in particolare, le osservazioni formulate da G. Gauch, S. Couvreur, *La commande publique circulaire: une nouvelle philosophie en construction*, in *Contrats publics*, 2018, 189.

⁵⁷⁸ Adottata dall'esecutivo francese nel dicembre 2018, in diretta attuazione degli obiettivi precedentemente delineati nel piano nazionale sul clima e che, tra gli obiettivi faro contempla l'integrazione delle pratiche di economia circolare nei procedimenti preordinati all'acquisizione di beni e servizi da parte delle amministrazioni pubbliche transalpine.

degli affidamenti e di sostenibilità ambientale da un canto e l'efficienza nell'utilizzo delle risorse, trascendenti la mera dimensione economica, disponibili dall'altro.

Sebbene l'esigenza di una transizione verso un paradigma di crescita alternativo al modello dell'economia lineare, ponendosi in linea di ideale continuità con le suggestioni emerse nel panorama ordinamentale sovranazionale ed internazionale, avesse costituito l'architrave dell'alquanto risalente strategia nazionale per la transizione ecologica dell'economia francese⁵⁷⁹, in seno alla quale l'esecutivo aveva chiaramente delineato la relazione di strumentalità intercorrente tra l'utilizzo del contratto da parte delle amministrazioni pubbliche e la compiuta attuazione, nella dimensione ordinamentale francese, del principio dello sviluppo sostenibile⁵⁸⁰, è nella di poco posteriore *Loi relative à la transition énergétique et pour la croissance verte*⁵⁸¹ che il Legislatore d'oltralpe è pervenuto a declinare, sia pur esclusivamente nelle relative linee essenziali, il modello del *circular public procurement*.

In particolare, pur limitandosi ad emendare il *code de l'environnement*, senza incidere, dunque, sull'intelaiatura del *code de la commande publique*, l'atto legislativo da ultimo richiamato ha chiaramente posto in rilievo la funzione servente del modulo negoziale rispetto alla transizione verso il modello dell'economia circolare⁵⁸², in tal guisa implicitamente ammantando di finalità pubblicistiche il ricorso alla contrattazione da parte dei pubblici poteri ed incrementando, del pari, gli obblighi informativi gravanti sull'acquirente pubblico in ordine all'integrazione di criteri di circolarità o, più in generale, di considerazioni improntate al perseguimento di finalità di tutela ambientale nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

⁵⁷⁹ Stratégie nationale de transition écologique pour un développement durable 2015-2020.

⁵⁸⁰ Stratégie nationale de transition écologique pour un développement durable 2015-2020, specie p. 38.

⁵⁸¹ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015, relative à la transition énergétique pour la croissance verte, en Journal Officiel de la République Française.

⁵⁸² Sia, in particolare, consentito richiamare alla memoria la disposizione di cui all'art. 70, par. 2, a mente della quale: *"La transition vers une économie circulaire vise à dépasser le modèle économique linéaire consistant à extraire, fabriquer, consommer et jeter en appelant à une consommation sobre et responsable des ressources naturelles et des matières premières primaires ainsi que, par ordre de priorité, à la prévention de la production de déchets, notamment par le réemploi des produits, et, suivant la hiérarchie des modes de traitement des déchets, à une réutilisation, à un recyclage ou, à défaut, à une valorisation des déchets. La promotion de l'écologie industrielle et territoriale et de la conception écologique des produits, l'utilisation de matériaux issus de ressources naturelles renouvelables gérées durablement et issus du recyclage, la commande publique durable, l'allongement de la durée du cycle de vie des produits, la prévention des déchets, la prévention, la réduction ou le contrôle du rejet, du dégagement, de l'écoulement ou de l'émission des polluants et des substances toxiques, le traitement des déchets en respectant la hiérarchie des modes de traitement, la coopération entre acteurs économiques à l'échelle territoriale pertinente dans le respect du principe de proximité et le développement des valeurs d'usage et de partage et de l'information sur leurs coûts écologique, économique et social contribuent à cette nouvelle prospérité"*

Se tali linee di indirizzo avevano dato la stura alla sperimentazione di esempi di appalti pubblici orientati alla circolarità da parte delle amministrazioni locali, la compenetrazione tra dinamiche economiche ed ecologiche e la collocazione della contrattualistica pubblica nel più generale contesto dell'economia circolare sembrerebbero essere state portate a definitivo compimento dalla recente *Loi relative à la lutte contre le gaspillage alimentaire et à l'économie circulaire*. Quest'ultima, nel consacrare nel panorama legislativo le linee d'azione e le finalità precedentemente delineate dalla *feuille de route*, sia quanto alla definizione degli obiettivi di contenimento nell'utilizzo e nel depauperamento delle risorse naturali, sia in punto di promozione di metodologie alternative di approvvigionamento di materiali, ha tradotto in disposizioni precettive l'aspirazione all'*exemplarité de la commande publique*, declinata in una prospettiva non esclusivamente orientata alla salvaguardia delle risorse ecosistemiche, bensì alla coniugazione dell'efficienza nella spesa pubblica con la protezione ambientale, guidando, in particolare, il trapasso dal *green public procurement* al *circular public procurement*.

Un'angolazione prospettica, quella dianzi richiamata, la quale sembrerebbe trasparire pianamente dall'introduzione di nuovi obblighi in capo alle amministrazioni transalpine, destinati a circoscrivere la latitudine della *liberté contractuelle* del pubblico affidante attraverso l'introduzione di vincoli alla modulazione dell'oggetto contrattuale conseguenti all'apposizione di clausole improntate all'integrazione dei principi dell'economia circolare.

È, in particolare, nel contesto dell'estensione al settore della contrattualistica pubblica degli obiettivi di riutilizzo e di riciclaggio che, come noto, costituiscono due tra i capisaldi sui quali il modello dell'economia circolare poggia, che vanno interpretate le disposizioni legislative rinvenienti un elemento distintivo nella preventiva fissazione di obiettivi quantitativi relativi all'acquisizione di forniture costituite da materie prime seconde o riciclate⁵⁸³ e nella contestuale

⁵⁸³ Si veda, in particolare, quanto disposto dall'art. 58, Loi 2020-105 du 10 février 2020, «I. - A compter du 1er janvier 2021, les biens acquis annuellement par les services de l'Etat ainsi que par les collectivités territoriales et leurs groupements sont issus du réemploi ou de la réutilisation ou intègrent des matières recyclées dans des proportions de 20 % à 100 % selon le type de produit. II. - En cas de contrainte opérationnelle liée à la défense nationale ou de contrainte technique significative liée à la nature de la commande publique, le pouvoir adjudicateur n'est pas soumis à l'obligation prévue au I. III. - Un décret en Conseil d'Etat fixe la liste des produits concernés et, pour chaque produit, les taux pouvant être issus du réemploi, de la réutilisation ou du recyclage correspondant à ces produits.», mentre, in relazione alle procedure di appalto di fornitura di pneumatici, il successivo art. 60 ha disposto l'introduzione, nel *code de la commande publique*, di un « Art. L. 2172-6.-Dans un souci de préservation des ressources naturelles, les achats de pneumatiques effectués par l'Etat, les collectivités territoriales et leurs opérateurs portent sur des pneumatiques rechapés, sauf si une première consultation s'est révélée infructueuse. Les achats de pneumatiques portant sur les véhicules d'urgence ainsi que les véhicules militaires peuvent être dispensés des obligations prévues au présent article. »

introduzione di obblighi informativi in capo ai pubblici committenti, dichiaratamente funzionali a garantire il monitoraggio dei risultati conseguiti. Sebbene sia stata da più parti posta in rilievo la valenza esclusivamente programmatica delle disposizioni da ultimo richiamate, stante, in particolare, l'assenza di previsioni normative volte a sanzionare la mancata osservanza degli obblighi dei quali si discorre, la posizione dell'accento sull'incremento del tasso di complessità che sembrerebbe, quasi naturalmente, venire a caratterizzare la delineazione, ad opera dell'amministrazione affidante, della *lex specialis* di gara, sulla consistenza dell'onere probatorio incombente sul potenziale aggiudicatario e, di converso, sull'opinabilità della valutazione in capo al primo commessa in punto di integrazione dei requisiti prescritti, sembrerebbero adombrare il rischio di una surrettizia e, per ciò stesso, difficilmente giustiziabile alterazione delle dinamiche concorrenziali del mercato dei pubblici affidamenti.

4. L'impostazione tracciata dal Legislatore tedesco: la proporzionalità quale limite formale e sostanziale all'operato del pubblico committente.

Se le ragioni dell'indugio sulla ricostruzione in chiave diacronica delle più significative tappe del percorso evolutivo che ha condotto alla valorizzazione dell'utilizzo del contratto pubblico in funzione strumentale al perseguimento di interessi generali nell'ordinamento francese albergavano nella considerazione per la quale le linee da ultimo tracciate dal Legislatore transalpino conducano alla sostanziale assimilazione delle soluzioni quivi invalse rispetto al quadro riveniente dalla legislazione italiana e, in particolare, alla tendenziale vincolatività dell'integrazione di clausole ecologicamente orientate, diversamente, il sintetico passaggio in rassegna delle innovazioni disciplinari intervenute nell'ordinamento tedesco⁵⁸⁴ sembrerebbe imporsi per due ordini di considerazioni.

In primo luogo e, in ragione di ciò, denotando la sussistenza di tendenziali profili di analogia rispetto alle esperienze precedentemente passate in rassegna, anche nella tradizione giuridica tedesca, la consacrazione, in via legislativa, del tendenziale piegamento del contratto

⁵⁸⁴ Per una compiuta ricostruzione del quale, sia consentito rinviare a M. Burgi, *Secondary considerations in public procurement in Germany*, in R. Caranta e M. Trybus (eds), *The law of green and social procurement in Europe*, Copenhagen, 2010, 105 ss.

pubblico al perseguimento di interessi generali, specie laddove sia traguardato da un'angolazione visuale improntata alla ricostruzione dei profili evolutivi all'uopo emergenti ,ha incontrato significative resistenze.

Queste ultime sembrerebbero pianamente inferibili, *inter alia*, laddove si consideri che—stante l'originaria assenza di espliciti rimandi alle istanze di preservazione delle risorse ecosistemiche in seno alla multiforme disciplina settoriale di livello federale⁵⁸⁵— l'integrazione delle variabili ambientali nelle procedure di aggiudicazione delle pubbliche commesse rappresentasse esclusivamente un più specifico riflesso delle più generali politiche pubbliche orientate alla mitigazione degli effetti derivanti dai cambiamenti climatici ed alla promozione dell'eco-efficienza energetica, inscrivendosi, in particolare, nel nutrito novero delle dichiarazioni di ordine programmatico che in altri contesti ordinamentali avevano dischiuso la via verso la progressiva trasposizione delle clausole ambientali in seno alla legislazione positiva, transitando, in particolare, dalle discipline a connotazione settoriale sino alla regolazione generale del comparto dei pubblici affidamenti.

Un quadro, quello dianzi sinteticamente richiamato, al quale facevano da contraltare da un canto l'istituzione, intervenuta in un torno di tempo anteriore alla diffusione di omologhi

⁵⁸⁵ Dal momento che una capillare ricostruzione dell'articolata disciplina di diritto tedesco concernente l'aggiudicazione delle pubbliche commesse esulerebbe dalle finalità della presente indagine, sia consentito limitarsi a talune considerazioni di massima. È noto, al riguardo, che uno tra i tratti distintivi dell'ordinamento tedesco sia rappresentato dalla sottoposizione dei contratti di appalto stipulati dai pubblici poteri ad un apparato disciplinare diversificato in ragione dell'importo della singola commessa e della natura dell'amministrazione stipulante, distinguendosi, in particolare, la disciplina chiamata a governare l'aggiudicazione delle pubbliche commesse da parte delle amministrazioni federali, dal *corpus* normativo disciplinante le procedure di scelta del contraente sul piano statale, con inevitabili riflessi in punto di astratta giustiziabilità delle posizioni di interesse vantate dall'aspirante aggiudicatario eventualmente lese dall'esercizio del potere da parte del pubblico affidante. Circoscrivendo l'attenzione all'aggiudicazione di contratti di appalto di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza unitaria, la relativa intelaiatura normativa riviene dal combinato disposto delle disposizioni legislative in tema di contabilità e di concorrenza, che dettano i principi fondamentali in tema di aggiudicazione, procedendo, del pari, a delineare i mezzi di tutela giurisdizionale eventualmente esperibili, alle quali si giustappongono le disposizioni di dettaglio rivenienti dalla legislazione delegata di emanazione governativa (VGO) e le disciplina specialistica recata dal regolamento sull'aggiudicazione nel settore dei servizi (e, infine, disposizioni di incerta qualificazione giuridica, stante la relativa adozione ad opera di comitati di settore, (VOB/A, VOL/B, VOF), cui vanno aggiunte, nelle ipotesi tassativamente previste dalla legge generale in materia di concorrenza, le ulteriori disposizioni suppletive contenute in leggi statali. Diversamente, per i contratti di appalto di importo inferiore alle soglie di rilevanza euro-unitaria, la relativa disciplina resta affidata alla legislazione contabilistica, con sostanziale inapplicabilità delle norme di cui al *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung*. Per un'esautiva ricostruzione delle evoluzioni disciplinari che abbiano interessato l'ordinamento tedesco, in diretta dipendenza del processo di integrazione europea, sia consentito rinviare alle osservazioni formulate da K. Summan, *Winds of change: European influences on German Procurement Law*, in *Public Contract Law Journal*, 2006, 35, 3, 563 ss.

modelli in analoghe compagini statuali, di un marchio nazionale di qualità ecologica⁵⁸⁶; dall'altro la volontaria e, per così dire, spontanea adesione, specie da parte delle collettività territoriali di minori dimensioni, ad una visione incentrata sulla valorizzazione delle caratteristiche ambientali ed alla misurazione degli impatti derivanti dalla procedura di acquisto sulle matrici ambientali.

Circoscrivendo l'attenzione alla legislazione settoriale in materia di pubbliche commesse, appare doveroso porre in rilievo il fatto che le pur graduali aperture verso la promozione della contrattazione ecologicamente orientata quali emergenti dalla trasposizione, ad opera della normativa di rango federale, della previgente disciplina di derivazione sovranazionale, da ultimo culminata nell'introduzione del paragrafo IV in seno al disposto dell'art. 97 della legge federale in materia di concorrenza⁵⁸⁷, avessero ricevuto una differente traduzione in relazione all'aggiudicazione delle commesse di importo inferiore rispetto alle soglie di rilevanza euro-unitaria⁵⁸⁸, registrandosi, in particolare, molteplici discrasie nell'impostazione regolatoria del fenomeno della contrattazione ecologicamente orientata dai parte dei singoli *Länder*⁵⁸⁹.

La riluttanza alla quale si è accennato in precedenza sembrerebbe poter essere posta in evidenza laddove si ponga mente alla considerazione per la quale al consolidamento, nell'ordinamento tedesco, di una spiccata sensibilità verso le problematiche correlate alla sostenibilità dello sviluppo—costituente, dal canto proprio, una diretta gemmazione della consacrazione del prefato principio e, segnatamente, dalla positiva ricomprensione di quest'ultimo, nella relativa dimensione intergenerazionale, in seno alla Legge

⁵⁸⁶ Sull'istituzione del Blauer Engel nell'ordinamento tedesco la bibliografia è vastissima. Sia, al riguardo, consentito rinviare a R. Wurzel, A. Zito, A. Jordan, *Environmental governance in Europe: a comparative analysis of new environmental policy instruments*, Cheltenham, 2013.

⁵⁸⁷ Intervenuta ad opera della legge di modernizzazione del sistema degli appalti pubblici del 2009.

⁵⁸⁸ Non sarebbe questa la sede per ripercorrere esaustivamente la configurazione assunta, nell'ordinamento giuridico tedesco, dalla disciplina concernente l'aggiudicazione delle pubbliche commesse. Sia, pertanto, consentito nella presente sede limitarsi a rassegnare talune considerazioni generali e di massima, rinviandosi, per ulteriori approfondimenti a M. Burgi ed all'ampia bibliografia ivi citata. Discostandosi dai modelli invalsi nella maggior parte degli ordinamenti europei, l'esperienza giuridica tedesca rinvia un connotato peculiare nella

⁵⁸⁹ Contrapponendosi, in particolare, leggi nazionali improntati alla valorizzazione delle clausole verdi attraverso l'introduzione, in capo alle amministrazioni, degli obblighi di presa in considerazione degli impatti della contrattazione sulle risorse ecostemiche e, tendenzialmente, di preferenza per prodotti o servizi con una minore impronta ecologica, a normative tendenti a predicare la natura facoltativa del ricorso alla contrattazione ecologicamente orientata ovvero a non disciplinare tale aspetto. Per un'articolata ricostruzione dell'assetto disciplinare di livello statale, sia consentito rinviare al rapporto stilato dall'Agenzia federale per l'ambiente *Regulations in the German Länder in the field of green public procurement*, 2011, reperibile all'indirizzo www.umweltdatenschutz.de.

fondamentale⁵⁹⁰,– e tradottasi nella delineazione di una strategia nazionale per lo sviluppo sostenibile⁵⁹¹ in un torno di tempo anteriore rispetto all'emersione ed al consolidamento di analoghe tendenze nel panorama giuridico globale, non avesse, purtuttavia, fatto da contraltare l'integrazione degli obiettivi di promozione della contrattazione in chiave ecologicamente orientata nel novero delle linee di indirizzo sulla scorta delle quali modulare la transizione verso un diverso paradigma di sviluppo⁵⁹².

Sebbene tali resistenze possano ritenersi definitivamente superate– soprattutto laddove si volga lo sguardo alle innovazioni rivenienti dal più recente intervento di riassetto⁵⁹³ della legislazione di settore, il quale ultimo, nel trasporre nel panorama ordinamentale interno le conferenti disposizioni di derivazione sovranazionale, sembrerebbe aver dato la stura alla definitiva consacrazione della contrattazione strategica quale precipuo strumento di attuazione delle politiche pubbliche orientate alla sostenibilità e, del pari, alla stregua di meccanismo indirettamente improntato alla transizione verso il paradigma economico circolare⁵⁹⁴–tale digressione rinviene una ragione giustificativa nella considerazione per la quale le motivazioni di queste ultime trascendessero gli aspetti legati all'esclusiva funzionalizzazione della disciplina al perseguimento delle esigenze di tutela dell'interesse finanziario dell'amministrazione indicente, investendo le più generali problematiche correlate alle forme di intervento pubblico nell'economia e, segnatamente, i risvolti patologici potenzialmente rivenienti dall'impiego di strumenti negoziali indirettamente preordinati alla regolazione dei mercati.

Quel che si intende rimarcare è la considerazione per la quale da una sia pur sommaria ed incompleta ricognizione dell'articolata intelaiatura legislativa tedesca, sembrerebbe pianamente emergere il fatto che il carattere di gradualità del percorso culminato con la

⁵⁹⁰ Si veda, in particolare, quanto disposto ex art. 20.a, Grundgesetz.

⁵⁹¹ Il riferimento corre, in particolare, all'elaborazione della strategia nazionale in tema di sviluppo sostenibile, approvata nel 2002.

⁵⁹² Ampie osservazioni, al riguardo nel rapporto OCSE *Public procurement in Germany: Strategic dimensions for well-being and growth*, 2019.

⁵⁹³ Il riferimento corre, in particolare, alla *Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts Vergaberechtsmodernisierungsgesetz–VergRMdG* del dicembre 2015.

⁵⁹⁴ Come sembrerebbe, al riguardo, dato arguire dalla considerazione per la quale l'intervento di novella legislativa del quale si discorre rivenga una propria cifra essenziale nella valorizzazione del criterio di aggiudicazione basato sul computo del costo del ciclo di vita destinato, sia pur in relazione a taluni circoscritti settori, a rivestire portata tendenzialmente vincolante.

ricomprensione della contrattazione pubblica tra i principali strumenti di attuazione delle più generali politiche improntate al perseguimento del principio dello sviluppo sostenibile, si ponga, in linea di principio, in una relazione di diretta consequenzialità rispetto all'iscrizione di una posizione di indiscutibile rilievo, nel complessivo quadro disciplinare⁵⁹⁵, ai principi di concorrenza e di proporzionalità, intesi nell'accezione di canoni atti a conformare l'esercizio delle posizioni giuridiche attive di cui sia latrice l'amministrazione affidante e, correlativamente, a temperare la latitudine dei margini di apprezzamento commessi in capo al pubblico committente in ordine alla valorizzazione dei profili e delle considerazioni di natura ambientale nei diversi segmenti nei quali si articola il procedimento di valutazione comparativa⁵⁹⁶.

Tali notazioni sembrerebbero, al riguardo, emergere plasticamente dal raffronto tra il tenore letterale della disposizione di cui all'art. 30, D.Lg. n. 50/2016 e l'art. 97, par. 1, GWG. Sebbene i principi generali informanti la conduzione del procedimento di valutazione comparativa si rivelino sostanzialmente analoghi, rivenendo, in particolare, dalla giustapposizione tra le istanze correlate alla garanzia della contendibilità degli affidamenti ed il perseguimento di interessi generali, la soluzione codificata dal Legislatore tedesco e, segnatamente, la posizione dell'accento sulla limitazione riveniente al concreto esercizio del potere amministrativo dall'osservanza del principio di proporzionalità, sembrerebbe evidenziare con maggior incisività l'impostazione pro-competitiva sulla quale l'intera architettura legislativa si fonda, orientando l'esegesi e l'applicazione delle disposizioni puntuali che facoltizzano la presa in considerazione dei profili di rilievo ambientale nelle procedure preordinate all'affidamento di pubblici appalti ed in ragione di ciò rivelandosi, in linea di principio, potenzialmente idoneo a dispiegare non trascurabili riflessi in ordine alla latitudine ed alla profondità dello scrutinio in sede giudiziale⁵⁹⁷ dell'illegittimo esercizio della valutazione da

⁵⁹⁵ Quale riveniente, in particolare, dal combinato disposto delle disposizioni rivenienti dalla Legge federale in materia di tutela della concorrenza e dai Regolamenti sull'aggiudicazione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

⁵⁹⁶ Sia, al riguardo consentito qui vi richiamare, nella traduzione inglese, il disposto dell'art. 97, parr. 1-3, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, a mente del quale: "Public contracts and concessions are awarded through competition and transparent procedures. The principles of cost-effectiveness and proportionality shall be upheld in the process. The participants in a procurement procedure (award procedure) shall be treated equally unless unequal treatment is expressly required or permitted under this Act. In making the award, aspects of quality and innovation as well as social and environmental aspects shall be considered in accordance with this Part."

⁵⁹⁷ Considerazione, quella da ultimo formulata, la quale sembrerebbe non senza ragione poter rivenire un elemento corroborante nella circostanza per la quale, nell'ordinamento giuridico tedesco, la qualificazione giuridica del contratto stipulato dai pubblici poteri alla stregua di un negozio civilistico determini la devoluzione del relativo

parte del pubblico committente e, segnatamente, dell'eventuale sproporzione del *vulnus* arrecato al principio di concorrenza.

Le conclusioni da ultimo rassegnate sembrerebbero, del resto, essere avvalorate da due ordini di considerazioni, correlate da un canto alla tendenziale valorizzazione del principio di proporzionalità alla stregua di criterio generale— caratterizzato da copertura costituzionale— trascendente i confini dell'esercizio del potere discrezionale e, per estensione, del diritto amministrativo, dall'altro alla tendenza invalsa nell'ordinamento giuridico tedesco alla riconduzione della nozione di *discrezionalità tecnica* nel novero della più generale categoria dei concetti giuridici indeterminati e del sindacato demandato all'autorità giudiziaria sulle modalità di esercizio di quest'ultima nell'attività di controllo sulla sussunzione della fattispecie concreta entro il perimetro della previsione normativa da parte dell'amministrazione procedente, seguendo un disegno dichiaratamente orientato alla valorizzazione delle esigenze di tutela delle posizioni giuridiche vantate dagli amministrati.

È noto, al riguardo, che uno tra i tratti distintivi della tradizione giuridica tedesca possa essere ravvisato nella costante opera di destrutturazione e definizione delle categorie giuridiche tradizionalmente invalse nella dogmatica del diritto amministrativo, prima fra tutte la categoria della discrezionalità, come sembrerebbe, al riguardo, pianamente inferibile dalla progressiva elaborazione delle molteplici species di *apprezzamento* o potere valutativo che la norma attributiva del potere potesse astrattamente riconoscere in capo ai pubblici poteri, ciascuna delle quali dotata di caratteri ed attributi propri, destinati a riflettersi sulla perimetrazione di margini di sindacabilità, sul piano giurisdizionale, della decisione amministrativa concretamente adottata.

Se in un torno di tempo anteriore alla positiva consacrazione— ad opera della Legge fondamentale—dei principi dello Stato di diritto ed alla ricomprensione, nel catalogo di questi ultimi, dei principi di proporzionalità e di effettività della tutela giurisdizionale delle posizioni lese da un non corretto esercizio del potere pubblico, la valorizzazione del principio di

contenzioso alla cognizione dei tribunali ordinari, laddove la controversia involga la stipulazione di un contratto di valore inferiore alle soglie di rilevanza europea, ovvero, per le controversie relative ai contratti di appalto di valore pari o superiore alle soglie di rilevanza europea, in ossequio a quanto disposto dal par. 160 GWB, alle sezioni specializzate per il contenzioso in materia di pubblici appalti. Per un'esauritiva ricostruzione del sistema giurisdizionale tedesco e, in particolare, per un'articolata ricostruzione degli orientamenti emersi nell'ordinamento tedesco in ordine alla qualificazione privatistica del contratto pubblico, sia consentito rinviare alle acute ricostruzioni di P.M. Huber, *The Europeanization of Public Procurement in Germany*, in *European Public Law*, 2001, 7, 1, 33 ss.

separazione tra i poteri dello Stato aveva condotto all'affermazione di linee di pensiero le quali – in sostanziale analogia con gli orientamenti ermeneutici fioriti nel panorama italiano – predicavano l'insindacabilità degli atti espressivi dell'esercizio di potere discrezionale, l'attenzione prestata dal giudice amministrativo tedesco ai riflessi dell'esercizio del potere amministrativo sulle posizioni giuridiche attive vantate dagli amministrati, in una con l'adesione ad una logica improntata all'istituzione di una posizione paritetica tra i pubblici poteri ed i consociati condussero, come noto, alla progressiva consacrazione di limiti all'esercizio del potere ed all'estensione del perimetro dell'attività controllabile in sede giurisdizionale, transitando dall'attività costituente manifestazione dell'esercizio del potere autoritativo, come tale destinata ad incidere in senso limitativo sulle situazioni giuridiche soggettive riconosciute in capo ai destinatari dell'azione amministrativa, all'attività provvedimento di tipo ampliativo, per estendersi, infine, all'attività di matrice consensuale.

Limitazioni, quelle delle quali si discorre, destinate ad incidere, in linea di principio, non soltanto sull'attività di graduazione e selezione degli interessi compresenti ma, al contrario, sulle valutazioni di natura tecnica, anch'esse sostanzialmente ricondotte ad un'attività di sussunzione del caso concreto nella fattispecie delineata dalla norma attributiva del potere, con contestuale riconoscimento, in capo all'autorità giudiziaria, di un tendenzialmente pieno accesso alla situazione di fatto ed alla qualificazione giuridica di quest'ultima, presupposta all'emanazione dell'atto oggetto di scrutinio.

Sebbene la presa d'atto della falsificabilità delle scienze e, del pari, dell'opinabilità e della variabilità dei risultati ai quali l'esercizio del potere valutativo possa condurre abbiano, in linea di principio, contribuito a determinare una scalfittura del dogma della sostanziale riduzione della discrezionalità commessa in capo ai pubblici poteri, conducendo, per questa via, ad affievolire il granitico orientamento del giudice teutonico tendente a predicare la piena ed esaustiva conoscibilità della decisione amministrativa compiutamente assunta, il riconoscimento di un *margin*e di apprezzamento⁵⁹⁸ in capo all'amministrazione procedente e, del pari, l'apposizione di limiti alla sindacabilità dell'atto impugnato, specie sotto il profilo tecnico-scientifico, non sembrerebbero, tuttavia, essersi tradotte in una sostanziale compressione delle

⁵⁹⁸ Sulla distinzione tra Beurteilungsspielraum ed Ermessen, sia consentito rinviare alle acute riflessioni formulate da M. Carrà, *Sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità e principi dello stato di diritto in Germania*, in S. Torricelli (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Torino, 2018.

garanzie di effettività della tutela giurisdizionale delle posizioni eventualmente lese da quest'ultima.

Un esempio particolarmente eloquente sembrerebbe, in tal senso, essere offerto dagli indirizzi interpretativi maturati in relazione al contenzioso involgente i pubblici concorsi o, più in generale, i procedimenti valutativi, caratterizzati dall'espressione di un giudizio dal quale non sono esenti margini di opinabilità e soggettività.

In particolare, all'affermazione della sussistenza di un *beurteilungsspielraum* in capo all'amministrazione procedente non ha fatto da contraltare la limitazione del sindacato giurisdizionale al carattere manifesto della violazione nella quale la prima sia incorsa, bensì l'estensione della cognizione del giudice al vaglio circa il compiuto rispetto del principio generale di proporzionalità e, dunque, all'incidenza della valutazione compiutamente assunta sull'interesse del quale sia latore il privato destinatario dell'azione amministrativa.

Tali conclusioni sembrerebbero poter essere pacificamente estese al settore dell'affidamento dei contratti pubblici ed agli eventuali risvolti patologici dell'attività di apprezzamento commessa in capo al pubblico affidante.

Se, in particolare, la presa d'atto della non univocità delle soluzioni astrattamente percorribili dall'amministrazione procedente conduce all'impossibilità, per l'autorità giudiziaria adita, di ripercorrere esaustivamente la correttezza del criterio tecnico-scientifico che si ponga alla base della decisione concretamente assunta e, in particolare, di esercitare un controllo di tipo sostitutivo,⁵⁹⁹ la primazia accordata al canone di effettività della tutela giurisdizionale si è tradotta nell'affermazione di un sindacato pieno sulle modalità di esercizio del potere e, segnatamente, sull'eventuale travalicamento dei confini del margine di apprezzamento valutativo condotto mercé il controllo dell'idoneità, della necessità e dell'adeguatezza della valutazione in rapporto alla pluralità di interessi pubblici e privati compresenti.

La valorizzazione del canone di proporzionalità e, segnatamente, della relativa valenza armonizzatrice tra principi e finalità in conflitto, è destinata a riflettersi, sia pur con un differente grado di incidenza sui margini di apprezzamento devoluti in capo al pubblico committente, nelle molteplici articolazioni del procedimento di valutazione comparativa, dalla definizione dell'oggetto del contratto, transitando per la modulazione, ad opera

⁵⁹⁹ Inquadabile, in altri termini, nella tipologia di sindacato in cui, nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale italiana, si sostanzia il controllo intrinseco c.d. forte.

dell'amministrazione affidante, dei requisiti di capacità tecnica⁶⁰⁰ dell'aspirante contraente, per giungere all'integrazione delle variabili ambientali tra i criteri di valutazione dell'offerta e, infine, nel novero delle condizioni di esecuzione del contratto.

Se, dunque, l'originaria ritrosia all'integrazione delle esigenze di tutela ambientale nel novero degli interessi pubblici traggurati dalla disciplina settoriale costituisce un elemento potenzialmente idoneo ad accomunare la parabola evolutiva del *green public procurement* nei contesti ordinamentali ai quali si è sinteticamente fatto cenno, a diverse conclusioni sembrerebbe, cionondimeno, doversi pervenire con riguardo alle conseguenze che la successiva valorizzazione del ricorso alla contrattazione in chiave strategica abbia determinato sul piano della perimetrazione dei margini di apprezzamento tecnico valutativo devoluti in capo all'amministrazione affidante relativamente all'*an* dell'introduzione di clausole ecologicamente orientate.

Se i più recenti interventi di riassetto della regolazione settoriale intervenuti nel panorama ordinamentale italiano e nel contesto giuridico francese sembrano rivivere un *proprium* nella compressione dei margini di apprezzamento devoluti in capo ai pubblici committenti in ordine alla valutazione in merito all'*an* della scelta- e ciò tanto in relazione alla definizione delle caratteristiche ambientali delle prestazioni dedotte in contratto, quanto in punto di compiuta determinazione del metodo di valutazione sulla scorta del quale pervenire alla selezione dell'offerta aggiudicataria- estendendo, al contrario, la latitudine dei confini riservati al concreto esercizio del potere di valutazione tecnica quanto al *quomodo*, l'esperienza tedesca sembrerebbe, di contro, discostarsi significativamente dagli approdi di queste ultime. Ciò che sembrerebbe, in linea di principio, emergere dalle disposizioni relative alla compiuta modulazione dei criteri di aggiudicazione.

E, invero, se, da un canto, la disposizione di cui all'art. 127, GWG, nel delineare i criteri di valutazione delle offerte sembra individuare nella determinazione del miglior rapporto qualità-prezzo il parametro cui ancorare la selezione dell'offerta aggiudicataria, dal tenore letterale della norma non sembrerebbe, tuttavia, dato inferire il carattere di residualità delle ipotesi di ricorso al criterio fondato sul minor prezzo⁶⁰¹. Traguardando la medesima questione da un diverso

⁶⁰⁰ Si veda, in particolare, il combinato disposto dei §§122 GWB e 49, VGV.

⁶⁰¹ Sul circoscritto utilizzo, da parte delle amministrazioni aggiudicatrici tedesche, del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa fondato sul miglior rapporto qualità prezzo, sia consentito rinviare a

angolo visuale, sebbene quest'ultima ponga in capo alle amministrazioni committenti l'obbligo di considerare i profili di ordine ambientale correlati all'esecuzione delle prestazioni dedotte in contratto, non sembra, tuttavia, che quest'ultimo sia destinato a riflettersi in via necessitata nella concreta inserzione di criteri valutativi improntati al perseguimento di istanze di tutela ambientale in relazione al singolo procedimento di valutazione comparativa.

Definiti, in misura necessariamente incompleta, i tratti distintivi del sistema tedesco, è ora d'uopo interrogarsi sul se tra la configurazione dell'apparato disciplinare e, segnatamente, tra la sostanziale assenza di disposizioni atte a vincolare le amministrazioni aggiudicatrici ed il grado di diffusione dei contratti di appalto pubblico ecologicamente orientati sussista una relazione di diretta consequenzialità.

Collocandosi in tale ordine di idee, una pur sommaria ricognizione dei dati relativi all'introduzione di clausole ecologicamente orientate nella documentazione progettuale di gara da parte delle amministrazioni aggiudicatrici tedesche⁶⁰², sembrerebbe evidenziare con singolare chiarezza che alla tendenziale facoltatività atta a connotare l'integrazione delle variabili ambientali nella contrattazione posta in essere dai pubblici poteri, non abbia fatto da contraltare il connotato di recessività dell'utilizzo del modulo contrattuale in chiave strategica.

Considerazioni, quelle da ultimo rassegnate, che sembrerebbero poter essere pacificamente estese laddove l'angolazione dalla quale la contrattazione posta in essere dalle pubbliche amministrazioni sia tralasciata afferisca alla qualificazione di quest'ultima in guisa di meccanismo atto a propiziare la transizione verso il modello dell'economia circolare e, del pari, tanto laddove l'indagine muova dalla disamina delle prassi invalse, quanto ove si incentri l'attenzione sui profili evolutivi emergenti dalle più recenti linee di indirizzo formulate dall'amministrazione centrale e dal legislatore tedesco.

Aspetti, quelli dei quali si discorre, potenzialmente idonei a denotare la progressiva estensione, nel panorama giuridico mitteleuropeo, della nozione di *economia circolare*, con particolare riguardo al relativo affrancamento dal circoscritto settore della gestione dei rifiuti e, per estensione, dall'esclusivo perseguimento di finalità di natura ambientale, per inaugurarne, al contrario, una visione olistica ed omnicomprensiva, *id est* tale da conciliare la posizione di

O. Chiappinelli, V. Zipperer, *Using public procurement as a decarbonisation policy: A look at Germany*, in DIW Economic Bulletin, 2017.

⁶⁰² Si vedano, in particolare, le risultanze dell'indagine condotta da PricewaterhouseCoopers, *Collection of statistical information on Green Public Procurement in the EU*, 2009.

primazia tradizionalmente attribuita al principio di concorrenza ed alle finalità di sviluppo economico a quest'ultimo immediatamente correlate, con le esigenze di tutela e di rigenerazione delle risorse ecosistemiche e con la contestuale ascrizione di un ruolo di primo piano al ricorso ai moduli consensuali nel processo di transizione verso il nuovo paradigma economico-industriale.

Come noto, l'emersione del lemma di *economia circolare* nel panorama giuridico tedesco ha origini risalenti, potendosi, in particolare, riscontrare l'introduzione di quest'ultimo sin dalla *rubrica legis* del *Kreislaufwirtschaft* del 1996.

Purtuttavia, ad onta della relativa denominazione, l'atto da ultimo richiamato vedeva circoscritto il proprio ambito di applicazione al settore della gestione dei rifiuti⁶⁰³, con sostanziale identificazione della nozione di circolarità nella reintroduzione, nel ciclo produttivo, di prodotti giunti al termine del proprio ciclo di vita, da attuare mercé la delineazione di obiettivi di riduzione della produzione dei rifiuti, di riciclaggio e recupero di utilità dai rifiuti, l'introduzione di obblighi di gestione dei rifiuti in capo ai rispettivi produttori, prediligendo, dunque, un approccio regolatorio dichiaratamente improntato all'esclusiva valorizzazione delle finalità di riduzione degli impatti sulle risorse ecosistemiche e di preservazione delle matrici ambientali, la cui realizzazione riposava prevalentemente sull'impiego dei tradizionali strumenti di *command and control*.

Le evoluzioni disciplinari da ultimo intervenute nel panorama giuridico mitteleuropeo in diretta dipendenza delle suggestioni rivenienti dall'affermazione dei *Sustainable development goals* sul versante ordinamentale internazionale e, del pari, dalla sempre crescente attenzione riservata dal Legislatore euro-unitario all'esigenza di conversione dell'odierno modello di crescita economica sembrerebbero, al riguardo denotare una netta cesura rispetto all'impostazione precedentemente invalsa.

Sebbene i mutamenti più evidenti investano l'estensione dell'angolazione visuale dalla quale il tema dell'economia circolare venga tragguardato, con particolare riguardo alla posizione dell'accento sulla progettazione dei prodotti e la promozione della conversione dell'economia

⁶⁰³ Per una compiuta ricostruzione dei profili contenutistici dell'atto legislativo da ultimo richiamato, nonché degli elementi evolutivi dai quali la disciplina di diritto tedesco sia stata interessata, sia consentito rinviare alle ricostruzioni formulate da M. Nelles, A. Nassour, G. Morscheck, *Status and development of the circular economy in Germany*, in S. Ghosh (eds), *Circular economy: global perspective*, Singapore, 2020.

in chiave ecologica⁶⁰⁴– elementi, questi ultimi, di per sé potenzialmente idonei a porre in rilievo con particolare chiarezza il progressivo affrancamento dell'economia circolare, nella declinazione che quest'ultima ha assunto in Germania, dall'esclusiva valorizzazione delle istanze di ordine ambientale e la relativa collocazione entro un più ampio disegno di politica industriale– non sembra che si possa sottacere la portata delle innovazioni correlate alla collocazione del contratto pubblico in tale modello economico.

Collocandosi in tale ordine di idee, benché l'ordinamento tedesco si caratterizzi per la perdurante assenza dell'istituzione di un'esplicita relazione di diretta derivazione tra la promozione della transizione verso un modello economico improntato alla circolarità dei flussi e l'integrazione delle caratteristiche ambientali in seno alle disposizioni legislative di ordine generale, chiamate a governare l'aggiudicazione delle pubbliche commesse⁶⁰⁵, la strumentalità della contrattualistica pubblica rispetto al perseguimento di interessi trascendenti le esigenze di approvvigionamento del pubblico committente sembrerebbe emergere pianamente dalla legislazione settoriale, apparendo, del pari irrobustita nella maglie della recente Strategia nazionale per lo sviluppo sostenibile, emendata nel 2021.

Se un primo passo verso la declinazione dello strumento contrattuale in funzione servente al perseguimento di esigenze di tutela ambientale, in armonica ponderazione con la garanzia della contendibilità del mercato dei pubblici affidamenti e dell'efficienza nella spesa nelle pubbliche risorse, si rinviene nelle previsioni della *Bundes-Klimaschutzgesetz*, nella parte in cui, nel declinare il ruolo esemplare riservato ai pubblici poteri nella lotta contro i cambiamenti climatici, hanno posto in capo ai pubblici committenti l'obbligo di prendere in considerazione le finalità mediatamente conseguite dal ricorso alla contrattazione sul piano del contenimento degli effetti climalteranti, tradottosi nel riconoscimento dell'obbligo di accordare preferenza ai prodotti caratterizzati da una minore impronta ecologica e da effetti positivi sulla rigenerazione delle risorse ecosistemiche nel più recente intervento di revisione della legge nazionale in tema di gestione dei rifiuti, la Strategia nazionale, nel declinare le linee d'azione da seguire

⁶⁰⁴ Il riferimento corre, in particolare, all'elaborazione, da parte dell'esecutivo tedesco, della recente Strategia Nazionale sulla Bioeconomia, pubblicata nel 2020, la quale, nell'aggiornare i contenuti delle linee strategiche tracciate in precedenza, pone l'accento sui risvolti positivi derivanti dall'attuazione della bioeconomia sul piano dello sviluppo economico. Si veda, in particolare, quanto riportato a p.19 della *National Bioeconomy Strategy*, reperibile all'indirizzo www.bmel.de

⁶⁰⁵ Se si eccettuano le disposizioni concernenti l'utilizzo del *life-cycle costing* alla stregua di parametro per la valutazione delle offerte.

nell'ordinamento tedesco nella prospettiva dell'attuazione degli obiettivi di sviluppo sostenibile tracciati dalle Nazioni Unite ha chiaramente preconizzato l'inizio di una stagione normativa che ravvisa nella codificazione di un corpus di regolamenti amministrativi dedicati alla promozione dell'integrazione degli interessi correlati con le finalità di mitigazione dei cambiamenti climatici nelle procedure ad evidenza pubblica.

Osservazioni conclusive

Il logico punto di arrivo della ricognizione di ordine storico costruttivo dei tratti evolutivi che abbiano interessato l'apparato disciplinare chiamato a governare l'aggiudicazione delle pubbliche commesse, sembra, non peregrinamente poter essere ravvisato nella graduale eradicazione dell'archetipo del contratto pubblico e, in una prospettiva di carattere generale, nell'integrale rifondazione dell'attività negoziale posta in essere dai pubblici poteri, seguendo una logica chiaramente improntata a porre in rilievo le caratteristiche funzionali.

Se le più avvedute voci del panorama dogmatico gius-pubblicistico italiano, all'indomani della codificazione del primo corpus organico di norme sulla conduzione dei procedimenti dell'evidenza pubblica, avevano colto pienamente la relazione intercorrente tra l'esercizio della funzione amministrativa e, dunque, tra il perseguimento delle finalità istituzionali di pubblico interesse e l'impiego di moduli negoziali, dischiudendo la via verso la definitiva presa d'atto della sostanziale indifferenza della *forma* contrattual-privatistica, rispetto alla *sostanza* eminentemente pubblicistica,—giacché orientata, in via riflessa e strumentale, al perseguimento di interessi generali— la posizione dell'accento sulle esigenze di garanzia dell'imparzialità dell'amministrazione committente e sulle finalità di contenimento della spesa pubblica— che avevano animato, in Italia, così come in altri ordinamenti giuridici europei, l'edificazione di un regime di diritto speciale e derogatorio— ed, in diretta dipendenza della posizione di primazia accordata a quelli, l'adesione ad un approccio regolatorio improntato alla neutralità della contrattualistica pubblica, ne avevano, cionondimeno, determinato la sostanziale ascrizione alla stregua di strumento esclusivamente preordinato al soddisfacimento delle esigenze di approvvigionamento del pubblico committente, come tale privo di caratura assiologica.

Il processo di integrazione europea e la correlativa espansione delle aree di intervento del Legislatore euro-unitario, con i conseguenti effetti di conformazione sulla disciplina di diritto interno e, mediamente, sull'*agere* delle amministrazioni pubbliche hanno gradualmente incrinato il disegno testé descritto, dando la stura alla consacrazione del contratto pubblico quale veicolo per il perseguimento di interessi generali, destinati a trascendere e sopravanzare le finalità di interesse pubblico immediatamente correlate all'indizione del procedimento di valutazione comparativa ed all'esecuzione della commessa.

È lungo tali coordinate che si colloca il punto di intersezione tra la valorizzazione delle finalità di tutela del bene ambientale ed il riassetto delle disposizioni di diritto derivato sovranazionale

nel settore dei pubblici affidamenti, dietro le spinte dei principi di integrazione e di sviluppo sostenibile che assurgono, al contempo, al ruolo di criterio ispiratore e vincolo finalistico per l'azione del Legislatore europeo, incidendo, in via pressoché necessitata sull'azione del Legislatore e delle amministrazioni nazionali, variamente orientandola e conformandola. Gradualmente affermatosi nel panorama giuridico sovranazionale quale *settore* delle politiche perseguite dalle Istituzioni eurounitarie, oggetto di interventi di regolazione di tipo tradizionale, pienamente integrati nelle logiche di *command and control*, le evoluzioni legislative intervenute nel panorama eurounitario negli ultimi venticinque anni, hanno determinato la consacrazione dell'ambiente e delle esigenze di preservazione delle risorse ecosistemiche quale valore fondativo del processo di integrazione europeo, ampliando, correlativamente, il ventaglio delle misure che alla tutela di quello siano deputate.

Se da tali premesse discende la valorizzazione del modulo negoziale e, più in generale, degli strumenti di mercato nella prospettiva del perseguimento di interessi pubblici, i profili di specialità disciplinare e, correlativamente, l'apposizione di temperamenti alla latitudine della libertà di determinazione posta in capo al pubblico committente nella conformazione della *lex specialis* di gara secondo logiche ispirate ad esigenze di sostenibilità ambientale derivanti dall'intelaiatura legislativa vengono a ricevere una diversa declinazione e ragione giustificativa, che si rivelano pianamente rispondenti alle dinamiche che governano l'esercizio del potere pubblicistico di matrice discrezionale, richiedendo, in particolare, un'accorta opera di bilanciamento tra gli interessi pubblici e privati compresenti, destinata a guidare l'esercizio del potere amministrativo, quand'anche involgente esclusivamente l'espressione di una valutazione tecnica.

L'analisi che si è condotta nel corso della presente indagine ha consentito, al riguardo, di ben comprendere che il richiamo ai principi generali destinati ad informare l'azione dei pubblici poteri e, in particolare, un'accorta applicazione del principio di proporzionalità rappresentino l'ineludibile presupposto per la conciliazione tra l'utilizzo del contratto pubblico in chiave strategica ed i vincoli derivanti all'autonomia negoziale del pubblico committente dall'immanente vigenza del principio di concorrenza, quale più circoscritto riflesso delle libertà fondamentali consacrate dalla legislazione di diritto primario sovranazionale.

Se la parabola evolutiva della legislazione di derivazione sovranazionale nel settore dell'aggiudicazione delle pubbliche commesse e, in particolare, le vicende che hanno accompagnato la consacrazione, ad opera della fonte positiva, dell'interesse ambientale nel

novero delle finalità prioritariamente tragguardate da tale apparato disciplinare e, correlativamente, la classificazione di quest'ultimo alla stregua di obiettivo mediamente perseguito e perseguibile attraverso l'integrazione di clausole negoziali in chiave ecologicamente orientata hanno sortito l'effetto di incrementare la latitudine dei margini di apprezzamento tecnico-valutativo devoluti in capo al pubblico committente, adombrando, del pari la posizione di centralità tradizionalmente ascritta alla garanzia della contendibilità del mercato delle pubbliche commesse che, come noto, nelle stagioni legislative precedenti, aveva rappresentato il movente ultimo delle resistenze manifestate dalle Istituzioni eurounitarie rispetto all'integrazione delle *secondary policies* nella disciplina settoriale del comparto dei pubblici appalti, non sembra che da tali premesse sia possibile arguire la connotazione del rapporto tra tutela ambientale e, per estensione, sostenibilità e concorrenza secondo una relazione che ravvisi nel secondo un elemento recessivo rispetto al primo.

In tale prospettiva, se la (non agevole) ricomposizione del dissidio intercorrente tra il perseguimento degli obiettivi di tutela e preservazione delle risorse ecosistemiche e la garanzia dell'apertura concorrenziale del procedimento di valutazione comparativa unitariamente considerato è evidentemente destinata a risolversi nel sacrificio dell'un interesse rispetto all'altro, il riconoscimento del canone di proporzionalità quale vincolo atto a conformare il potere valutativo del pubblico committente, nella prospettiva dell'utilizzo della *giusta misura* del potere amministrativo, impone che la valorizzazione delle istanze di tutela ambientale si giustapponga al minor sacrificio possibile per le esigenze di contendibilità del pubblico affidamento.

Canone, quello da ultimo rammentato, atto ad illuminare e ad offrire soluzione ai nodi interpretativi che, al pari di quanto si sia tentato di porre in rilievo in precedenza, l'attuale configurazione dell'impianto disciplinare sembri, per così dire naturalmente, recare seco, stante la devoluzione di considerevoli margini di apprezzamento tecnico-valutativo in capo all'amministrazione affidante.

In tale contesto, le criticità correlate alla difficile individuazione del punto di equilibrio tra le ragioni della concorrenza da un canto ed il perseguimento di istanze di sostenibilità ambientale sembrerebbero emergere pianamente dall'incremento della latitudine dei confini dell'apprezzamento riservato al pubblico committente in punto di valorizzazione delle certificazioni dei sistemi di gestione ambientale quale indice probante della capacità tecnica della controparte contrattuale. L'estensione del perimetro applicativo della disposizione

normativa e, correlativamente, l'allentamento dei vincoli incombenti in capo al pubblico committente quanto al compimento della preventiva valutazione in merito all'*appropriatezza* della clausola in rapporto alla natura ed alle caratteristiche del contratto— elementi, tutti, potenzialmente idonei ad ingenerare una surrettizia alterazione delle dinamiche dell'assetto concorrenziale del mercato— sembrano, al riguardo, poter rinvenire un elemento di ricomposizione nella valorizzazione del canone di proporzionalità dell'azione del pubblico affidante.

Se l'analisi che si è condotta nel corso del presente studio ha consentito di comprendere compiutamente la profondità con la quale, sul piano sostanziale, il principio di proporzionalità è destinato ad incidere sul perimetro dell'apprezzamento tecnico-valutativo devoluto in capo al pubblico committente, nella prospettiva della conciliazione tra gli imperativi di concorrenzialità del mercato ed il perseguimento delle esigenze di tutela ambientale, il reale *punctum dolens* si manifesta sul piano della tutela processuale.

L'incremento della complessità delle valutazioni commesse all'amministrazione affidante, sia sul piano tecnico-scientifico, sia sul piano del bilanciamento tra gli interessi pubblici e privati compresenti che, pur esterno al contratto ed al procedimento di valutazione comparativa, si palesa, sia pur in via mediata, destinato ad incidere sulle concrete modalità di esercizio del potere di valutazione e che si rivela irrimediabilmente conseguente all'integrazione dell'interesse ambientale nell'intera sequela procedimentale si è sovente tradotto, sul versante processuale, specie nell'ordinamento giuridico nazionale, in un diniego di tutela delle posizioni di interesse illegittimamente lese da un non corretto esercizio del potere pubblicistico, particolarmente emergente dalla tendenza alla perimetrazione dell'area della sindacabilità degli atti adottati nel contesto delle procedure di affidamento di pubbliche commesse all'area del merito amministrativo e, dunque, a scrutinarli nei limiti dell'illogicità manifesta.

Diversamente, le logiche che presiedono alla valorizzazione dell'interesse ambientale e, in particolare, i principi di integrazione e di proporzionalità da coniugare nella prospettiva dello sviluppo sostenibile, sembrerebbero quasi naturalmente imporre una rilettura di quest'ultimo alla stregua di criterio di giudizio alla luce del quale vagliare la singola manifestazione dell'esercizio del potere di valutazione.

Le considerazioni che precedono e, in particolare, il ruolo-guida affidato al canone di proporzionalità nella duplice veste di vincolo all'esercizio del potere di valutazione tecnica e di

criterio di giudizio delle decisioni amministrative compiutamente adottate sembrano viepiù imporsi alla luce della definitiva consacrazione del contratto pubblico in funzione servente al perseguimento di obiettivi di politica industriale e, segnatamente, nella prospettiva della transizione verso il modello dell'economia circolare.

Funzione, quella da ultimo richiamata, viepiù rafforzata dalla giustapposizione, alle disposizioni di ordine precettivo di derivazione sovranazionale chiamate a governare la conduzione del procedimento valutativo in una prospettiva ecologicamente orientata, le quali—al pari di quanto si sia tentato di evidenziare nelle sezioni precedenti—devolvono in capo alle amministrazioni nazionali considerevoli margini di apprezzamento circa l'*art*⁶⁰⁶ dell'utilizzo del contratto pubblico in funzione strategica, di un ambizioso piano di investimenti destinato a propiziare la riconversione dell'intero tessuto economico-produttivo europeo e che scorge nella valorizzazione del ruolo mediatamente assolto dalla contrattualistica pubblica uno tra i precipui meccanismi attuativi.

È, invero, lungo tali direttrici che si è sviluppato, sul versante europeo, il complesso disegno di riassetto del sistema economico-industriale europeo nella prospettiva della resilienza climatica, dell'innovazione, del contenimento del depauperamento delle risorse naturali e della promozione della competitività del comparto industriale da attuare attraverso la promozione di interventi di riforma e di investimenti nel settore pubblico, quale riveniente dal programma *Next Generation EU* e dal relativo Regolamento di attuazione.

Ponendosi nel solco delle linee di indirizzo tracciate dal *Green deal* europeo e, segnatamente, muovendo, quanto alla protezione delle risorse ecosistemiche, dagli obiettivi di conseguimento della neutralità climatica e di contenimento delle emissioni di gas ad effetto serra da perseguire attraverso la transizione verde, il dispositivo per la ripresa e resilienza ha ancorato la fruizione delle sovvenzioni alla preventiva elaborazione, da parte dei singoli Stati membri beneficiari, di strumenti di pianificazione⁶⁰⁷ incentrati sull'introduzione di riforme della legislazione vigente e sulla programmazione di investimenti funzionali al perseguimento

⁶⁰⁶ Se si eccettuano le circoscritte fattispecie di obbligatoria integrazione delle considerazioni di natura ambientale in relazione alle procedure di appalto per la fornitura di autoveicoli a basso impatto ambientale quali rivenienti dall'addentellato di cui alla Direttiva 2009/33/UE.

⁶⁰⁷ Non sarebbe questa la sede per ripercorrere i profili contenutistici e gli aspetti relativi all'istituzione della *governance* del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza adottato dall'esecutivo italiano. Sia, sul punto, consentito rinviare a S. Lazzari, *La transizione verde nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza "Italia Domani"*, in *Riv. quadr. dir. ambi*, 2021, 1, 198 ss.

delle finalità previamente individuate in sede europea. Ciò che sortito l'effetto di valorizzare, conseguentemente, da un canto il ruolo della programmazione nel più complesso disegno di policy making, dall'altro di ridisegnare, secondo diverse logiche, le modalità e le finalità dell'intervento pubblico nell'economia⁶⁰⁸, che viene a collocarsi nel più articolato quadro del tentativo di conciliazione tra tutela dell'ambiente e rivitalizzazione della crescita economica e della competitività delle dinamiche del mercato lungo le direttrici tracciate dal principio dello sviluppo sostenibile.

Sebbene il dispositivo di ripresa e resilienza e, segnatamente, i principi e gli obiettivi prioritari sui quali esso si fonda costituiscano un indice della posizione di centralità progressivamente acquisita dalle istanze di tutela dell'ambiente nel complesso scenario politico europeo, rappresentando, pertanto, un'ulteriore tappa del lungo percorso che ha condotto alla definitiva consacrazione del principio di integrazione, sembrerebbe purtuttavia rivelarsi destinato a sollevare l'emersione di non peregrini interrogativi circa le conseguenze da esso potenzialmente rivenienti sul piano della latitudine dei margini di apprezzamento riservati alle amministrazioni nazionali.

Gli interrogativi dei quali si discorre sembrerebbero discendere in particolare, dalla codificazione di un duplice limite, potenzialmente idoneo ad incidere in diversa guisa, ma riveniente un elemento comune nell'effetto di orientamento e di conformazione dell'azione amministrativa in una prospettiva ecologicamente orientata, destinato ad operare su due distinti piani.

Il riferimento corre, in particolare, alle limitazioni rivenienti all'azione delle amministrazioni centrali nella preventiva definizione dei traguardi e degli obiettivi da includere nei piani di ripresa e resilienza e, dunque, nel compimento delle scelte allocative che si estrinseca attraverso la previsione della soglia minima del 37% degli investimenti funzionali alla transizione ecologica ed agli effetti che sull'operato delle amministrazioni chiamate ad attuare gli interventi oggetto di finanziamento sortisca l'introduzione del c.d. principio *do no significant harm*⁶⁰⁹.

⁶⁰⁸ Sul punto, sia consentito rinviare alle acute riflessioni formulate da F. Bilancia, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del Recovery and Resilience Facility, tra concorrenza e nuove politiche pubbliche*, in *Costituzionalismo.it*, 2022, 1. Sulle interferenze del Next Generation EU sui caratteri della forma di governo, si vedano le conclusioni rassegnate da A. Sciortino, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico "normativo"*, in *Federalismi.it*, 2021, 18, 235 ss.

⁶⁰⁹ Sia, in particolare, consentito richiamare la disposizione di cui all'art. 18, Regolamento 2021/241/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, che istituisce un dispositivo per la ripresa e la resilienza,

Se, sotto il primo profilo, i temperamenti che derivano dall'esplicito ancoraggio degli interventi oggetto di preventiva programmazione alle finalità prefissate in sede europea ed alla tassonomia delle aree prioritarie di intervento si riflette, sia pur in relazione al circoscritto ambito dell'intervento straordinario di sostegno tracciato dal *Next Generation EU*, in un tendenziale riassetto della gerarchia intercorrente tra le *horizontal policies* nei diversi contesti giuridici e, dunque, in una sostanziale omogeneizzazione di queste ultime lungo la direttrice del rafforzamento del processo di integrazione europea, maggiori perplessità sembrerebbero poter derivare dall'introduzione del secondo vincolo summenzionato, specie laddove si consideri che quest'ultimo sia destinato ad intercettare del pari l'indizione dei procedimenti di valutazione comparativa.

Contemplato dal Regolamento 2020/852/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2020, relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili⁶¹⁰ e sostanzialmente riproposto dal successivo regolamento di attuazione del *Next Generation EU*, il principio *do no significant harm*– il quale ultimo, riflettendo i contenuti del più generale principio

la quale, nel delineare i profili contenutistici e i vincoli incombenti in capo alle amministrazioni nazionali nella predisposizione dei piani di ripresa e resilienza, contempla, alla lett. d): "una spiegazione del modo in cui il piano per la ripresa e la resilienza garantisce che nessuna misura per l'attuazione delle riforme e degli investimenti in esso inclusi arrechi un danno significativo agli obiettivi ambientali ai sensi dell'articolo 17 del regolamento (UE) 2020/852 (principio «non arrecare un danno significativo»)».

⁶¹⁰ Sia, al riguardo, consentito richiamare alla memoria il tenore letterale della disposizione di cui all'art. 17, a mente della quale: "1. Ai fini dell'articolo 3, lettera b), si considera che, tenuto conto del ciclo di vita dei prodotti e dei servizi forniti da un'attività economica, compresi gli elementi di prova provenienti dalle valutazioni esistenti del ciclo di vita, tale attività economica arreca un danno significativo: a) alla mitigazione dei cambiamenti climatici, se l'attività conduce a significative emissioni di gas a effetto serra; b) all'adattamento ai cambiamenti climatici, se l'attività conduce a un peggioramento degli effetti negativi del clima attuale e del clima futuro previsto su sé stessa o sulle persone, sulla natura o sugli attivi; c) all'uso sostenibile e alla protezione delle acque e delle risorse marine se la misura nuoce: i) al buono stato o al buon potenziale ecologico di corpi idrici, comprese le acque di superficie e sotterranee; o ii) al buono stato ecologico delle acque marine; d) all'economia circolare, compresi la prevenzione e il riciclaggio dei rifiuti se: i) l'attività conduce a inefficienze significative nell'uso dei materiali o nell'uso diretto o indiretto di risorse naturali quali le fonti energetiche non rinnovabili, le materie prime, le risorse idriche e il suolo, in una o più fasi del ciclo di vita dei prodotti, anche in termini di durabilità, riparabilità, possibilità di miglioramento, riutilizzabilità o riciclabilità dei prodotti; ii) l'attività comporta un aumento significativo della produzione, dell'incenerimento o dello smaltimento di rifiuti, ad eccezione dell'incenerimento di rifiuti pericolosi non riciclabili; o iii) lo smaltimento a lungo termine dei rifiuti potrebbe causare un danno significativo a lungo termine all'ambiente; e) alla prevenzione e alla riduzione dell'inquinamento, se l'attività comporta un aumento significativo delle emissioni di sostanze inquinanti nell'aria, nell'acqua o nel suolo rispetto alla situazione esistente prima del suo avvio; o f) alla protezione e al ripristino della biodiversità degli ecosistemi, se l'attività: i) nuoce in misura significativa alla buona condizione e alla resilienza degli ecosistemi; o ii) nuoce allo stato di conservazione degli habitat e delle specie, comprese quelle di interesse per l'Unione. 2. Nel valutare un'attività economica in base ai criteri indicati al paragrafo 1, si tiene conto dell'impatto ambientale dell'attività stessa e dell'impatto ambientale dei prodotti e dei servizi da essa forniti durante il loro intero ciclo di vita, in particolare prendendo in considerazione produzione, uso e fine vita di tali prodotti e servizi.

dello sviluppo sostenibile, sembrerebbe, del pari, avvalorare le correnti di pensiero maturate in seno alla scienza giuridica pubblicistica tendenti a predicare l'emersione ed il graduale consolidamento del c.d. *principio di non regressione*⁶¹¹– nel disporre l'ancoraggio del giudizio circa la rispondenza degli interventi da attuare rispetto alle finalità preventivamente fissate– e, segnatamente, imponendo una manifestazione di giudizio sull'integrazione del concetto di sostenibilità quale consacrato dalla legislazione sovranazionale– al compimento di un'attività valutativa involgente il riscontro della mancata produzione di effetti significativi negativi sulla realizzazione degli obiettivi di tutela ambientale sembra, al riguardo, destare perplessità in merito alla latitudine dei margini di apprezzamento commessi alle amministrazioni chiamate a dare attuazione alle linee di indirizzo individuate dagli strumenti di pianificazione nazionale.

Collocandosi in tale ordine di idee, le problematiche delle quali si discorre sembrerebbero, non senza ragione, poter profilarsi ove si consideri che tale attività appaia destinata in via pressoché necessitata ad incrementare i profili di complessità del procedimento di valutazione comparativa, traducendosi in linea di principio nella previsione, in seno alla *lex specialis* di gara, di requisiti di qualificazione o di criteri di valutazione delle offerte modulati secondo una prospettiva ecologicamente orientata. Attività, quest'ultima, destinata a sollevare perplessità tanto sul piano dell'astratta ammissibilità della previsione del requisito, quanto sotto il profilo del riscontro dell'integrazione di quest'ultimo da parte dei soggetti che prendano parte al confronto competitivo che, come si è cercato di evidenziare, postula il compimento di una valutazione tecnica non scevra da profili di opinabilità ed in ragion di ciò difficilmente controllabile sul piano della correttezza tecnica.

Traendo le fila di quanto si è rilevato in precedenza, se le linee programmatiche da ultimo tracciate dalle Istituzioni eurounitarie segnano una netta soluzione di continuità rispetto all'impostazione tradizionalmente invalsa, tendente, in particolare, a frapporre un diaframma tra l'esecuzione dei pubblici affidamenti e la promozione di obiettivi di rivitalizzazione del sistema industriale e del tessuto produttivo, la conciliazione dell'eventuale dissidio tra la compressione del grado di apertura del mercato dei pubblici affidamenti ed il perseguimento delle finalità di promozione industriale sembrano richiedere un'oculata applicazione del

⁶¹¹ Sul principio di non regressione inteso alla stregua di criterio atto a conformare, comprimendolo, l'esercizio del potere amministrativo e per un'articolata ricostruzione della genesi del principio de quo nel dibattito giuridico, sia consentito rinviare alle acute riflessioni formulate da M. Monteduro, *Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica*, in *Rivista AIC*, 2018, 2, nonché, più di recente R. Rota, *Principi e istituti ecogiuridici per il governo "rigenerativo" del territorio. Verso un Green New Deal*, in *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, Napoli, 2019.

principio di proporzionalità, in guisa da garantire che la compressione del primo non travalichi i limiti di quanto necessario a garantire la realizzazione del secondo.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV. *Politiche sociali e sviluppo sostenibile nel diritto dei contratti pubblici*, in S. BACCARINI, G. CHINÈ e R. PROIETTI, *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, 2015.

AA.VV., *Analisi economica e diritto amministrativo, Atti del convegno annuale dell'associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, 2006.

AGNOLETTI, *I settori delle discipline ambientali*, in M.A. Sandulli e R. Ferrara, *Trattato di diritto dell'ambiente*, I, Milano, 2012.

M.ALBANESE, *Il sindacato sulla discrezionalità nell'ordinamento europeo*, in *Riv.it.dir.pubbl.comunitario*, 2018, 5.

ALHOLA, RYDING, SALMENPERA, BUSCH, *Exploiting the potential of public procurement. Opportunities for circular economy*, in *Journal of Industrial Ecology*, 2018, vol 23(5).

U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e costituzione*, Padova, 1996.

U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. Disc. Pubbl. VIII*, Torino, 1993.

G.ALPA, *Principi generali*, in *Dig.disc.civ., agg.*, 2014.

G. ALPA, *Principi generali*, in *Dig.disc.civ.*, 996, XXXV.

M. AMANN, J. ROERICH, M. HESSING, C. HARLAND, *Driving sustainable supply-chain management in the public sector: The importance of public procurement in the EU*, in *Supply-chain management*, 2014, vol. 19, n.3.

- M. AMBROSELLI e C. SERSALE, *La qualificazione delle stazioni appaltanti*, in M.A. SANDULLI E R. DE NICTOLIS, (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, II, Milano, 2019.
- M. AMHILAT, *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Unione Européenne*, Bruxelles, 2014.
- A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1999.
- A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, ora in Id, *Scritti giuridici*, I, Milano, 1999.
- M. ANDHOV, *Contracting authorities and strategic goals of public procurement: a relationship defined by discretion?*, in in S. BOGOJEVIC, X. GROUSSOT e J. HETTNE (eds), *Discretion in EU public procurement law*, Oxford, 2019.
- M. ANDHOV, R. CARANTA ed A. WIESBROCK (eds) *Cost and EU Public Procurement Law. Life-cycle costing for sustainability*, London, 2020.
- A. ANDREANI *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979.
- A. ANGIULI, *Contratto pubblico e sindacato del giudice amministrativo*, in *Dir.amm.*, 2010, 4.
- M. ANTONIOLI, *Sviluppo sostenibile e Giudice amministrativo tra tutela dell'ambiente e governo del territorio*, in *Riv.it.dir.pubbl.comunitario*, 2019, 2.
- S. ARROWSMITH, P. KUNZLIK (eds), *Social and environmental policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*, Oxford, 2009
- S. BACCARINI, *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in *Dir.proc.amm.*, 2001, 1.
- A. BARONE, *Discrezionalità (diritto amministrativo)*, in *Enc.giur.*, XIII, Roma, 1989.

- G. BELLOMO, *Il green public procurement nell'ambito della green economy*, in *Dir. proc. Amm.*, 2013.
- G. BELLOMO, *Il green public procurement nell'ordinamento multilivello dell'ambiente*, in *Dir. pubbl.comp. europeo*, 2008.
- A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e certezze private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Milano, 2012.
- A. BENEDETTI, *Profili di rilevanza giuridica delle certificazioni volontarie ambientali*, in *Riv. quadr. dir. ambiente*, 2012, 1-2.
- F. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959.
- A. BERNARDI (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, 2015.
- F. BILANCIA, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del Recovery and Resilience Facility, tra concorrenza e nuove politiche pubbliche*, in *Costituzionalismo.it*, 2022, 1.
- A. BLASINI, *Principio di legalità e capacità di diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2018, 2.
- B. BOSCHETTI, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016.
- L. BOURCIER DE CARBON, *Les marchés publics dans l'économie française*, in *La revue administrative*, 1961, 83.

- C.H. BOVIS e S. SAUSSIER, *Life-cycle costing in public procurement*, in A. CASTELLI, G. PIGA, S. SAUSSIER e T. TÀTRAI (eds), *The challenges of public procurement reforms*, Oxford, 2021.
- C.H. BOVIS, *Building social value in public procurement*, in *European Procurement & Public-Private Partnership Law review*, 2015, 4.
- C.H. BOVIS, *The drivers and boundaries of discretion in the award of public contracts*, in S. BOGOJEVIC, X. GROUSSOT e J. HETTNE (eds), *Discretion in EU public procurement law*, Oxford, 2019.
- S. BRAMMER, H. WALKER, *Sustainable procurement in the public sector: an international comparative study*, in *International Journal of operations & product management*, 2011, 31.
- M. BURGI *Specifications*, in M. Trybus, R. Caranta e G. Edelstam *Eu Public Contract Law. Public procurement and beyond*, Bruxelles, 2014.
- M. BURGI, *Secondary considerations in public procurement in Germany*, in R. CARANTA e M. TRYBUS (eds), *The law of green and social procurement in Europe*, Copenhagen, 2010.
- S. BUSCEMA ed A. BUSCEMA, *contratti della pubblica amministrazione*, in G. SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, VII, Milano, 2007.
- S. CACACE, *L'idoneità degli operatori economici alla esecuzione di lavori pubblici*, 2006, in www.giustizia-amministrativa.it.
- M. CAFAGNO, *Gli strumenti di mercato e misti*, in Id. *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007.
- M. CAFAGNO, *I modelli di intervento tra autorità e mercato*, in Id. *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007.

- M. CALABRÒ, *Le certificazioni di qualità di prodotto quali fattori di competitività per il made in Italy*, in *Foro Amm. TAR*, 2009, 9.
- P. CALANDRA, *Il buon andamento dell'amministrazione pubblica*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, Milano, 1987.
- F. CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, 1911
- F. CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur.it.*, 1902, III.
- A. CANCRINI e P. PISELLI, *I sistemi di scelta del contraente nell'appalto di opere pubbliche. Orientamenti giurisprudenziali*, in *Riv.trim.dir.pubbl.* 1982, 2.
- F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2006.
- E. CANNADA BARTOLI, *Annulabilità e annullamento*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958.
- E. CANNADA BARTOLI, *Interesse*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1967.
- A. CAPITANI, *La Charte de l'environnement, un leurre constitutionnel?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2005, 3.
- D. CAPOTORTO, *Lo Stato consumatore e la ricerca dei suoi principi*, in *Dir. amm.* 2021, 1.
- R. CARANTA e C. CRAVERO, *Sustainability and Public Procurement*, in A. LA CHIMIA e P. TREPTE (eds), *Public procurement and aid effectiveness. A roadmap under construction*, Oxford, 2019.
- R. CARANTA e D. DRAGOS, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urb.app.*, 2014, 5.

- R.CARANTA, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2012.
- R.CARANTA, *L'incerta sostenibilità degli appalti pubblici*, in *Urb.app.*, 2012, 11.
- R. CARANTA, *Labels as enablers of sustainable procurement*, in B. SJÅFJELL e A. WIESBROCK, *Sustainable Public Procurement under EU Law. New perspectives on the State as a Stakeholder*, Cambridge, 2015.
- R. CARANTA, *Sustainable public procurement in the EU Law*, in S. Treumer e M. Trybus (eds) *The law of green and social procurement in Europe*, Copenhagen, 2010.
- E. CARDI e S. COGNETTI, *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig.disc.pubbl.*, V, Torino, 1990.
- E. CARDI e S. COGNETTI, *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig.disc.pubbl.*, I aggiornamento, Torino, 2012.
- J.L.CARDOSO, *The circular economy: historical grounds*, in A. DELICADO, N. DOMINGOS, L.DE SOUSA (eds), *The diverse worlds of sustainability*, Lisbon, 2018.
- L.CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc.giur.*, XVIII, 1988.
- H.CAROLI CASAVOLA, *L'appalto pubblico e la globalizzazione*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2011.
- H.CAROLI CASAVOLA, *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni*, in *Giorn.dir.amm.*2014, 12.
- P. CARPENTIERI, *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del codice del processo amministrativo)*, in *Dir.proc.amm.*, 2013, 2.

- M. CARRÀ, *Sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità e principi dello stato di diritto in Germania*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Torino, 2018.
- M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in www.cortecostituzionale.it
- A. CARULLO, *Appalti pubblici*, in *Enc. dir., agg. V*, Milano, 2001,
- E. CASETTA, *Attività amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, 1987.
- E. CASETTA, *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, 1997.
- S. CASSESE, *The rise and the decline of the notion of State*, in *International Political Science Review*, VII, n. 2, *The State and the Public sphere*, 1986.
- S. CASSESE (a cura di) *Diritto ambientale comunitario*, Milano, 1995.
- S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro it.*, 118, 10, 1995.
- S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2000.
- S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002.
- S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in Id., *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2003.
- S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2016.

- S. CASSESE, *Il contributo dei giudici allo sviluppo del diritto amministrativo*, in *Giorn.dir.amm.*, 2020, 3.
- M.C. CAVALLARO, *Il principio di integrazione come strumento di tutela dell'ambiente*, in *Riv.it.dir.pubbl comunitario.*, 2, 2007.
- V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir.proc.amm.*, 2, 1984.
- V. CERULLI IRELLI, *Il negozio come strumento di azione amministrativa*, in AA.VV. *Autorità e consenso nell'attività amministrativa. Atti del XLVII Convegno di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, Villa Monastero 20-22 settembre 2001*, Milano, 2002.
- V. CERULLI IRELLI, *Diritto privato e amministrazione pubblica*, Torino, 2008.
- V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2012.
- M.P. CHITI, *Monismo o dualismo in diritto amministrativo: vero o falso dilemma?*, in *Riv.trim.dir.pubbl.* 2000.
- M.P. CHITI, *I principi*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS e R. GAROFOLI (diretto da) *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008, I.
- E. CHITI, *La normalizzazione*, in S. Cassese (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, IV, Milano, 2003.
- F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, 2011.
- F. CINTIOLI, *L'art.41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"*, in www.astridonline.it.

- F. CINTIOLI, *L'avvalimento tra principi di diritto comunitario e disciplina dei contratti pubblici*, in *Riv.it.dir.pubbl.comuniario*, 2011, 6.
- F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri c.d. del precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, in *Dir.proc.amm.*, 2017, II.
- A.CIOFFI, *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2015, 4
- A. CIOFFI, *Il problema dell'interpretazione nel diritto amministrativo*, in *Dir,ann*,1, 2020.
- G.P.CIRILLO, *L'avvalimento: sintesi tra subprocedimento e negozio giuridico*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- M. CLARICH, *La legge Merloni-quater tra flessibilità e instabilità*, in *Corr. giur.*, 2002
- M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir.pubbl.*, 2007.
- M.M. CLARICH, *Appalti pubblici e concorrenza*, in *Dir. amm.*, 2016, 1 e 2.
- G. COCCO, A. MARZANATI e R. PUPILELLA, *Ambiente. Il sistema organizzativo e le fonti*, in M.P. CHITI (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, .2007.
- M. COCCONI, *La regolazione dell'economia circolare*, Milano, 2020.
- S. COGNETTI, *Sindacato giurisdizionale tra discrezionalità amministrativa e indeterminatezza della norma*, relazione al Convegno *Itinerari della giustizia amministrativa e del suo giudice. Per i 130 anni dall'istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato*, Roma, Palazzo Spada, 20 novembre 2019, in www.giustizia-amministrativa.it.
- M. COLOMBARI, *Le considerazioni ambientali nell'aggiudicazione delle concessioni e degli appalti pubblici*, in *Urb.app.*2019, 1.

- G. CORAGGIO, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc.Giur.*, IV, Roma, 1988.
- G. CORDINI, P. Fois e S. Marchisio, *Diritto ambientale comparato*, Padova, 1997.
- P. CRAIG, G. DE BURCA, *The Evolution of EU Law*, Oxford, 2011
- J. CZARNEZKI e S. VAN GARSSE, *What is life-cycle costing?* In M. ANDHOV, R. CARANTA e A. WIESBROCK (eds) *Cost and EU Public Procurement Law. Life-cycle costing for sustainability*, Oxford, 2019.
- M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 1.
- M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e principi generali*, in Id (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, 2010.
- G. D'ANGELO, *Giudice amministrativo e valutazioni tecniche dopo la L.21 luglio 2000, n. 205*, in *Dir.amm.*, 2005, 3.
- G. DE GIORGI CEZZI, *Aboliamo l'art. 7 comma 1 del Codice del processo amministrativo? Limiti e autolimiti del giudice amministrativo e sostenibilità dei procedimenti di generazione delle conoscenze in ordine ai fatti. I casi dell'eccesso di potere, dell'atto politico e dei poteri non ancora esercitati*, in *Federalismi*, 2018.
- A. DE LAUBADÈRE, *Traité theorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1957.
- F. DE LEONARDIS, *Green Public Procurement: from recommendation to obligation*, in *International Journal of Public Administration*, 2011.
- F. DE LEONARDIS, *Principi generali dell'attività amministrativa*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016.

- F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici*, in AA.VV. *Annuario di diritto dell'energia 2018*, Bologna, 2018.
- F. DE LEONARDIS, *I criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, in M.A. SANDULLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, II, Milano, 2019.
- F. DE LEONARDIS, *Il futuro del diritto ambientale: il sogno dell'economia circolare*, in Id (a cura di), *Studi in tema di economia circolare*, Macerata, 2019.
- F. DE LEONARDIS, *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost.*, in *Riv.quadr.dir.ambiente*, 2020, 1.
- F. DE LEONARDIS, *L'uso strategico della contrattazione pubblica: tra GPP e obbligatorietà dei CAM*, *Riv.quadr.dir.ambiente* 2020, 3.
- F. DE LEONARDIS, *Economia circolare (diritto pubblico)*, in *Dig.disc.pubbl* , aggiornamento VIII, Torino, 2021.
- R. DE NICTOLIS *La Corte CE e l'art. 21 legge Merloni: le amministrazioni aggiudicatrici possono scegliere il criterio di aggiudicazione*, in *Urb. app.*, 2004.
- R. DE NICTOLIS, *Criteri di selezione delle offerte*, in Id. *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Ambito soggettivo e oggettivo. Procedure di affidamento*, Milano, Giuffrè, 2007.
- R. DE NICTOLIS e C. VOLPE, *Le procedure aperte, ristrette e negoziate*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS e R. GAROFOLI, *Trattato sui contratti pubblici*, III, *Le procedure di affidamento e l'aggiudicazione*, Milano, 2008.

- P. DE NICTOLIS e R. DE NICTOLIS, *Il criterio del prezzo più basso e il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS e R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, III, Milano, 2008.
- R. DE NICTOLIS *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il d.lgs. n. 56/2017*, Bologna, 2017.
- R. DE NICTOLIS, *La qualificazione delle stazioni appaltanti*, in Id. *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il d.lgs. n. 56/2017*, Bologna, 2017.
- S. DE NITTO, *A proposito della proporzionalità come criterio giuridico*, in *Riv.trim.dir pubbl.*, 4, 2017.
- L. DE PAULI, *I costi del ciclo di vita nel nuovo codice degli appalti*, in *Urb.app.*, 2016.
- D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Giorn.dir.amm.*, 1999, 12.
- D. DE PRETIS, *I vari usi della nozione di discrezionalità tecnica*, in *Giorn.dir.amm.*, 1998, 4.
- D. DE PRETIS, *L'attività contrattuale della p.a. e l'art. 1-bis della legge n. 241/1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, in *Giustamm.it*.
- D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995.
- D. DE PRETIS, *Valutazione tecnica*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 2006, VI.
- G. DE ROSA, *Discrezionalità tecnica: natura e sindacabilità da parte del giudice amministrativo*, in *Dir.proc.amm.*, 2013,3.
- P. DELL'ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Milano, 2004.

G. DELLA CANANEA e C. FRANCHINI (a cura di), *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010.

G. DELLA CANANEA, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011.

M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir.proc.amm.*, 2000

H. DELZANGLES, *Commande publique et environnement, jusqu'où peut-on aller?*, in *Revue juridique de l'environnement*, 2015.

C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, in M.A. Sandulli, (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017..

A. DI GIOVANNI, *L'ambiente sostenibile nel nuovo Codice degli appalti: green public procurement e certificazioni ambientali*, in *Dir. econ.* , 2018

R. DIPACE, *La logica della prevenzione nella disciplina della programmazione e progettazione di opere pubbliche*, in *Riv. giur.edilizia*, 6, 2018.

D. DRAGOS e B. NEAMTU, *Life-cycle thinking in EU public procurement: Moving beyond a simple "buyward"*, in A. CASTELLI, G. PIGA, S. SAUSSIER e T. TÁTRAI (eds), *The challenges of public procurement reforms*, Oxford, 2021.

D. DRAGOS, B. NEAMTU, *Life-cycle costing for sustainable public procurement*, in B.SJÄFELL e A. Wiesbrock, *Sustainable Public Procurement under EU Law. New Perspectives on the State as Stakeholder*, Cambridge, 2015.

M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 2008.

G.FALCON, *Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario*, in *Riv.it.dir.pubbl.comunitario*, 1991.

G.FALCON, *Il diritto amministrativo dei paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Padova, 2005.

A. FARÌ, *L'uso strategico dei contratti pubblici*, in M. Cafagno e F. Manganaro, *A 150 anni dall'unificazione amministrativa. Studi a cura di L. Ferrara e D. Sorace, volume V. L'intervento pubblico in economia*, Firenze, 2016.

C. FELIZIANI *Circular economy and the "new" green public procurement law. May be the realization of a "smart, sustainable and inclusive growth" be closer?*, in *Agricoltura, Istituzioni, Mercati*, 2017.

C. FELIZIANI, *I nuovi appalti verdi: un primo passo verso un'economia circolare?*, in *Dir. econ.*, 2017.

C. FELIZIANI, *Industria e ambiente. Il principio di integrazione dalla Rivoluzione Industriale all'economia circolare*, in *Riv.it.dir.pubbl.com.*, 4, 2020.

M.R. FERRARA, *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente*, in F. DE LEONARDIS (a cura di), *Studi in tema di economia circolare*, Macerata, 2019.

G. FIDONE, *Ecoefficienza e sviluppo sostenibile nell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, in P. DELL'ANNO ed E. PICOZZA, *Trattato di diritto dell'ambiente*, III, Padova, 2013.

- G. FIDONE, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili e orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2015.
- G. FIDONE, *L'integrazione degli interessi ambientali nella disciplina dei contratti pubblici: il green public procurement*, in G.F. CARTEI (a cura di), *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, Torino, 2015.
- G. FIDONE e M. MATALUNI, *Gli appalti verdi nel codice dei contratti pubblici*, in *Riv. quadri. dir. ambiente.*, 2016.
- P. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 659.
- G. FONDERICO, *Ambiente*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, I, Milano, 2006.
- G. FONDERICO, *La tutela dell'ambiente*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale, II*, Milano, 2003.
- G. FONDERICO, *Valutazione di impatto ambientale*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, 2006.
- F. FRACCHIA E M. OCCHIENA, *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*, Milano, 2006.
- F. FRACCHIA e F. MATTASSOGLIO, *Lo sviluppo sostenibile alla prova: la disciplina di VIA e VAS alla luce del D. Lg. n. 152/2006*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 1.
- F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010.
- F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. quadri. dir. ambiente.*, 2010.

- F.FRACCHIA, *I contratti pubblici come strumento di accentramento*, in *Riv.it.dir.pubbl.comunitario*, 2015, 6.
- F. FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in M. Renna e F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012. F. FRACCHIA e S. VERNILE, *I contratti pubblici come strumento dello sviluppo ambientale*, in *Riv.quadr.dir.ambiente*, 2020, 2.
- M.FRENCH e M. GRAU, *Contract award criteria*, in M. TRYBUS, R. CARANTA e G. EDELSTAM (eds), *Eu Public Contract Law. Public procurement and beyond*, Bruxelles, 2014.
- M. FREY, *Genesi ed evoluzione dell'economia circolare*, in *Riv.quadr.dir.ambiente.*, 2020, 1.
- D. J. GALLIGAN, *La discrezionalità amministrativa*, Milano, 1999.
- C.E.GALLO, *Potere amministrativo e valutazioni discrezionali*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/ libertà: tra legge e amministrazione. Atti del convegno di Salerno 14-15 novembre 2014*, Torino, 2017.
- W. GASPARRI, *Mutamenti e trasformazioni del sindacato sul potere discrezionale nell'esperienza francese*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Torino, 2018.
- Y. GAUDEMET, *Pour une nouvelle théorie générale des contrats administratifs: mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2010.
- L. GIANI, *Spunti di riflessione in tema di controllo della discrezionalità tratti dall'ordinamento giuridico statunitense*, in *Dir.amm.*, 1996, 2.
- M.S.GIANNINI *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958.

- M.S.GIANNINI, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv.trim. dir. pubbl.* 1973.
- M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993.
- M.S.GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, ora in Id. *Scritti giuridici*, I, Milano, 2000.
- M.S.GIANNINI, *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, in G. Santaniello (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, I, Padova, 1988.
- M.S.GIANNINI, *La realizzazione di opere pubbliche*, in *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1986.
- V. GIMENO-CABRERA, *Le maintien du juge judiciaire dans le contentieux de la commande publique: l'échec de la loi Murcef?*, in *La revue administrative*, 2002, 353.
- S.GRASSI, *Procedimenti amministrativi e tutela dell'ambiente*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017.
- G. GRECO *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986.
- G.GRECO, *Gli appalti pubblici di servizi*, in *Riv.it.dir.pubbl.comunitario*, 4, 1995.
- G. GRECO, *Effettività del diritto amministrativo nel sistema comunitario (e recessività nell'ordinamento nazionale?)*, in *Dir. amm*, 2003.
- G. GRECO, *I requisiti di ordine generale*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS e R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, II, Milano, 2008.
- G. GRECO, *I rapporti tra ordinamento comunitario e nazionale*, in M.P. CHITI (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte generale*, I, Milano, 2007.

- R. GRECO et al. , *Requisiti generali*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, II, 2019.
- R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Dig.disc.pubbl.*, IX, Torino, 1994.
- C. GUCCIONE e L. PALATUCCI, *Profili di rilevanza ambientale nelle procedure ad evidenza pubblica*, in P.DELL'ANNO, E. PICOZZA (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, 2013, III.
- E. GÜNTHER, L. SCHEIBE, *The hurdle analysis. A self-evaluation tool for municipalities to identify, analyse and overcome hurdles to green public procurement*, in *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, 2006, 13.
- M. HALONEN, *Is public procurement fit for reaching sustainability goals? A law and economics approach to green public procurement*, in *Maastricht journal of European and Comparative Law*, 2021, vol 28 (4).
- J. HETTNE *Sustainable public procurement and the Single market. Is there a conflict of interest?*, in *EPPL* 2013, 8.
- J. HETTNE, *Public procurement and European standards: fair competition or limits to discretion?*, in in S. BOGOJEVIC, X. GROUSSOT e J. HETTNE (eds), *Discretion in EU public procurement law*, Oxford, 2019.
- D. IACOVELLI, *Rifiuti e mercato nell'economia circolare*, Torino, 2021.
- L. IANNOTTA, *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in *Dir.amm.*, 2006
- R. INVERNIZZI, *Specifiche tecniche*, in M.A. SANDULLI, R.DE NICTOLIS e R. GAROFOLI, *Trattato sui contratti pubblici*, III, Milano, 2008.

- R. INVERNIZZI, *Specifiche tecniche*, in M.A. SANDULLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, III, Milano, 2019.
- G.JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif. Théorie générale des contrats de l'administration*, Parigi, 1936.
- J. KORHONEN et al., *Circular economy as an essentially contested concept*, in *Journal of Cleaner production*, 2018, 175.
- R. KRÄMER-HOPPER, *Sustainable Public Procurement in Europe: creating markets or distorting the internal market*, in M. SING, W. CREMER, N. KUMAR (eds), *Open market, free trade and sustainable development*, Singapore, 2019.
- L. KRÄMER, *Giving a voice to the environment by challenging the practice of integrating environmental requirements into other EU policies*, in S. KINGSTON (ed), *European perspectives on environmental law and governance*, London, 2013.
- L.KRÄMER, *EU Environmental Law*, London, 2016
- P.KUNZLIK, *Green Public Procurement- European Law, Environmental Standards and 'What To Buy' Decisions*, in *Journal of Environmental Law*, 2013.
- A. LABAUDERE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Parigi, 1956.
- F.LAURIA, *Comunità europea*, in *Dig.disc.pubbl.*,IV, Torino, 1989.
- S. LAZZARI, *transizione verde nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza "Italia Domani"*, in *Riv.quadr.dir,ambi*, 2021, 1
- F.LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir.proc.amm.*, 1983

- H.LEMESLE *Réglementer l'achat public en France, XVIIe- XIXe siècle*, in *Géneses*, 2010, 3.
- H.LEMESLE, *Concurrence et publicité pour tous les marchés publics? De la naissance d'un principe à sa mise en application dans la France du XIXe siècle*, in P. BEZES, F. DESCAMPS, S. KOTT e L. TALLINEAU, *L'invention de la gestion des finances publiques*, Vincennes, 2010.
- R. LEONARDI, *La tutela dell'interesse ambientale, tra procedimenti, dissensi e silenzi*, Torino, 2021.
- I. LITARDI, G. FIORANI, D. ALIMONTI, *The state of art of Green Public Procurement in Europe: Documental analysis of European practices*, in S. Brunelli, E. Di Carlo (eds), *Accountability, Ethics and Sustainability of organizations. New theories, strategies and tools for survival and growth*,
- G. LOMBARDO, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv.trim.dir pubbl.*, 1997, 4.
- V. LOPILATO, *Categorie contrattuali, contratti pubblici e i nuovi rimedi previsti dal decreto legislativo n. 53 del 2010 di attuazione della direttiva ricorsi*, in *Dir.proc.amm.*, 2010, 4.
- S. LOTTERMOSER, *Green Public Procurement in Germany*, in *EEPL*, 2013, vol. 8, n.1, special issue.
- M. LUNARDELLI, *Il procedimento ad evidenza pubblica come strumento di prevenzione della corruzione*, in A. PERTICI e M. TRAPANI (a cura di), *La prevenzione della corruzione. Quadro normativo e strumenti di un sistema in evoluzione. Atti del Convegno di Pisa, 5, ottobre 2018*, Torino, 2019.
- S.LUNDBERG, MARKLUND e STROMBACK, *Is environmental policy by public procurement effective*, in *Public finance review*, 2016, vol 44 (4)

A. MAESTRONI, *Politiche nazionali in tema di appalti verdi*, in M. ANDREIS (a cura di), *I contratti pubblici tra principi interni e vincoli sovranazionali. Mercato, ambiente, responsabilità*, Milano, 2011.

M.MAGRI, *Regioni ed economia circolare*, in *Giorn.dir.amm*, 2018, 6.

P.J.MAHON, *The role of policy in creating a more circular economy*, in T. TUDOR e C. J.C. DUTRA (eds), *The Routledge handbook of waste, resources and the circular economy*, Abingdon-New York, 2021.

G. MANFREDI, *Moralità professionale e certezza del diritto*, in *Urb.app.*, 2010.

G. MARCHIANÒ, *La regolamentazione della domanda pubblica alla luce della legge delega di recepimento delle nuove direttive: il ruolo dell'amministrazione*, in *Riv.it.dir.pubbl.comunitario*, 2016.

F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 2017, III

F. MARONE E A. PERTICI, *Quando una disciplina attuativa si sottrae al circuito democratico: il caso delle linee guida ANAC per l'attuazione dei contratti pubblici e la loro difficoltà di classificazione*, in *Etica & Politica*, 2020, III

M.MARTENS e S. DE MERGERIE, *The link to the Subject-Matter of the contract in Green and Social Procurement*.

C.MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1982.

C.MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1982.

- L. MASI, *Appalti pubblici e risparmio energetico: un esempio di appalto verde?* in *Urb.app.*, 2007, 4.
- A.MASSERA, *I contratti*, in S. CASSESE (diretto da) *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale, II*, Milano, 2003
- A.MASSERA, *I criteri di efficienza, efficacia e di economicità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017.
- A.MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale*, in *Dir. Amm.*, 2005.
- A.MASSERA, *I principi generali*, in *Dir.amm.*, 2017, 3.
- A.MASSERA, *I principi generali*, in M.P. CHITI (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo, p.g. I*, Milano, 2007.
- A. MASSERA, M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto*, in M. RENNA e F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012.
- G. MASTRODONATO, *Gli strumenti privatistici nella tutela amministrativa dell'ambiente*, in *Riv.giur.ambiente*, 2010, 5.
- G. MASTRODONATO, *La progettazione delle opere pubbliche a seguito delle modifiche apportate dal correttivo al codice degli appalti*, in *Riv.giur.edilizia*, 2017, 4.
- F. MATALUNI, *Disciplina e qualificazione delle stazioni appaltanti*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019.

- B.G.MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattati di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale, I*, Milano, 2003.
- M. MAZZAMUTO, *I raggruppamenti temporanei di imprese tra tutela della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, in *Riv.it.dir.pubbl.comunitario*, 2003.
- F. MELLERAY, *Les origines du recours pour excès de pouvoir*, in S. Torricelli (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Torino, 2018.
- S. MENCHINI, *Potere sostanziale e sistema delle tutele*, in *Dir.proc.amm.*, 2020, 4.
- F. MERLONI, *Amministrazione neutrale e amministrazione imparziale (a proposito dei rapporti fra politica e amministrazione)*, in *Dir. Pubbl.*, 1997.
- F. MERUSI, *Analisi economica del diritto amministrativo*, in *Dir.amm.*, 2007, 3.
- F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007.
- O. MERZ, *Osservazioni sul principio di legalità*, in *Riv.trim.dir.pubbl*, 1976, 4..
- A.MILONE, *Le valutazioni ambientali*, in R. FERRARA, C.E. GALLO e M.A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente, II*, Milano, 2014.
- A.MITCHELL POLINSKI, R. PARDOLESI, *Una introduzione all'analisi economica del diritto*, Bologna, 1986.
- F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, Milano, 1970,
- F. MODUGNO, *Legge (vizi della)*, in *Enc. dir.*, XXIII, , Milano, 1973.

- A. MOLITERNI, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili*, in *Dir.amm.*, 2008, 4.
- A. MOLITERNI, *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico*, in *Riv. quadr. dir. ambiente*, 2020, 2.
- A. MOLITERNI, *Le disavventure della discrezionalità tecnica tra dibattito dottrinario e concrete dinamiche dell'ordinamento*, in ID (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, Napoli, 2021.
- M. MONTEDURO, *Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica.*, in *Rivista AIC*, 2018, 2.
- M. MONTINI, *L'interazione tra gli SDGs ed il principio dello sviluppo sostenibile per l'attuazione del diritto internazionale dell'ambiente*, in www.federalismi.it, 2019.
- G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, III.
- S. MORETTINI, *Public Procurement and Secondary Policies in EU and Global Administrative Law*, in E. CHITI, B.G. MATTARELLA, *Global Administrative Law and EU Administrative Law*, Heidelberg, 2011.
- C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1940.
- L. MOSCARINI, *L'appalto nel codice civile e nel codice dei contratti pubblici*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici, I*, Milano, 2007.
- MURRAY, SKENE, HAYNES, *The Circular economy: an interdisciplinary exploration of the concept and application in a global context*, in *Journal of Business and Ethics*, 2015.
- G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo e processo economico*, in *Dir.amm.*, 2014, 4.

- M. NELLES, A. NASSOUR, G. MORSCHECK, *Status and development of the circular economy in Germany*, in S. Ghosh (eds), *Circular economy: global perspective*, Singapore, 2020.
- S. NESPOR, A. L. DE CESARIS (a cura di), *Codice dell'ambiente*, Milano, 2011.
- J. NOWAG, *The sky is the limit: on the drafting of Article 11 TFEU's integration obligation and its intended reach*, in B. Sjøfjell e A. Wiesbrock, *The Greening of European Business under EU Law. Taking article 11 TFEU seriously*, London, 2015
- B. NUCCI, F. IRALDO e M.R. DE GIACOMO, *The relevance of life-cycle costing in Green Public Procurement*, in *Economics and policy of energy*, 2016.
- M. OCCHIENA, *Norme di gestione ambientale*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis e R. Garofoli, *Trattato sui contratti pubblici*, II, Milano, 2008.
- A. OCHOA, V. FÜHR, D. GÜNTHER, *Green purchasing in practice. Experiences and new approaches from the pioneer countries*, in C. ERDMENGER (a cura di), *Buying into the environment: experiences, opportunities and potential for eco-procurement*, Sheffield, 2003.
- M.H. PACHEN-LEFÈVRE, A. OUZAR, *Objectif de développement durable et spécifications techniques dans le cadre de la Loi Climat et Résilience*, in *Contrats publics*, 2021, 226.
- E.K. PAKUSCHER, *The use of discretion in German law*, in *The University of Chicago Law Review*, 1976, 1.
- L. PALADIN, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore*, in *Riv.trim.dir pubbl.*, 1956, 6.
- N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 2, 1996, 413 ss.

- R. PARDOLESI *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile, voll. I e II*, Bologna, 2006.
- G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987.
- G. PELAGATTI, *Valutazioni tecniche dell'amministrazione pubblica e sindacato giudiziario. Un'analisi critica dei recenti sviluppi della dottrina giuspubblicistica*, in *Riv.trim.dir pubbl.*, 1, 1992.
- M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico": un altro modo per soddisfare i bisogni*, in *Rass.dir.civ.*, 2016.
- M. PENNASILICO, *Contratto ecologico e conformazione dell'economia negoziale*, in *Riv.quadr.dir.ambiente.*, 2017, 1.
- L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir.amm.*, 2013, 3.
- G. PESCE, *L'ammissione alle procedure*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019.
- L. PINESCHI, *I principi del diritto internazionale dell'ambiente*, in R. FERRARA e C.E. GALLO, *Trattato di diritto dell'ambiente. I, Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, Milano, 2014.
- A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc.dir.*, XIII, Milano, 1964.
- A.M. POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario. Relazione tenuta al convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionale*- Catania, 14 e 15 ottobre 2005, in www.astrid-online.it.

- G. POLI, *Autonomia privata e discrezionalità amministrativa a confronto. La prospettiva della ragionevolezza*, in *Dir.Amm.*, 2018, 4.
- A. POLICE, *La valutazione di impatto ambientale*, in P. DELL'ANNO ed E. PICOZZA, *Trattato di diritto dell'ambiente*, II, Padova, 2013.
- O. PORCHIA, *Le politiche dell'Unione Europea in materia ambientale*, in M.A. SANDULLI e R. FERRARA, *Trattato di diritto dell'ambiente*, I, Milano, 2012.
- D. PORENA, *Il "rango" del principio dello sviluppo sostenibile nella gerarchia delle fonti del diritto: norme pattizie, consuetudini internazionali ed art. 10 della Costituzione*, in *www.federalismi.it*, 2016.
- G. PORRO e S. CANTONI, *Comunità europee- Trattato di Maastricht e Amsterdam*, in *Dig.disc pubbl., aggiornamento*, Torino, 2000.
- A. POSTIGLIONE, *Ambiente: suo significato giuridico unitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 1.
- K. POUIKLI, *Towards mandatory Green public procurement requirements under the EU Green Deal: reconsidering the role of public procurement as an environmental policy tool I*, in *ERA Forum*, 2020.
- E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur.it.*, 1910.
- E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911.
- A. PUBUSA, *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig.disc pubbl.*, IX, Torino, 1994.
- F.P. PUGLIESE, *Contratto (contratti della pubblica amministrazione)* in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988.

- F. P. PUGLIESE, *Sulla normazione contrattuale pubblica dopo l'Unificazione*, in *Quaderni storici*, 1971.
- R. RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940.
- O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Introduzione*, in *Giur.it*, 1894, IV, ora in *Id Scritti giuridici scelti. III. Gli atti amministrativi*, a cura di B. SORDI ed E. FERRARI, Napoli, 1992.
- A. REDI, *L'Ecolabel al crocevia tra ambiente e sviluppo*, in *Riv. quadr. dir. ambiente*, 2020, 2.
- W. REED WALKER, *The transitional costs of sectoral reallocation: Evidence from the Clean Air Act and the Workforce*, in *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 128, iss.4, 2013.
- F. ROCCO, *Discrezionalità e controlli sul suo esercizio (Spunti e rilievi dogmatici)*, in *Foro it.*, 1954, LXXVII, pt. IV.
- A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di merito*, in *Dir. amm.*, 2008. Coraggio, *Merito amministrativo*, in *Enc.dir.*, XXVI, Milano, 1976.
- S. ROMANO, *Osservazioni preliminari per una teoria dei limiti della funzione legislativa*, Roma, 1902.
- S.A. ROMANO, *L'interesse legittimo nella trattativa private*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 2.
- G. ROMEO, *A proposito del controllo di legalità*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 2.
- G. ROSSI, *Dallo sviluppo sostenibile all'ambiente per lo sviluppo*, in *Riv. quadr. dir. ambiente*, 2020, 1.

R. ROTA, *Profili di diritto comunitario dell'ambiente*, in P. DELL'ANNO ed E. PICOZZA, *Trattato di diritto dell'ambiente*, I, Padova, 2012.

G. SABATINO, Il diritto dell'economia circolare tra programmazione, contratto e responsabilità. Profili teorici ed applicativi in dialogo tra Repubblica Popolare Cinese ed Unione Europea, in *Dir. econ.* 2020, 3.

G. SALON, *Gaston Jèze et la théorie générale des contrats administratifs*, in *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1986.

F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. amm.*, 1992, 4.

A. SANCHEZ DE GRAELLS, *Public procurement and EU competition rules*, first ed., Oxford, 2011.

A.SANCHEZ DE GRAELLS, *Truly competitive public procurement as Europe 2020 lever: what role for the principle of competition in moderating horizontal policies?*, in *European Public Law*, 2016, 2.

A.SANCHEZ DE GRAELLS, *Some reflections on the 'Artificially narrowing of competition' as a check on executive discretion in public procurement*, in S. BOGOJEVIC, X. GROUSSOT e J. HETTNE (eds), *Discretion in EU public procurement law*, Oxford, 2019.

A.M.SANDULLI, *Legge*, in *Noviss. Dig. it.* Torino, 1963, IX, 630 ss., ora in Id. *Scritti giuridici. Diritto Costituzionale*.

A.M.SANDULLI, *Deliberazione di negoziare e negozio di diritto privato della pubblica Amministrazione*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1965, ora in Id. *Scritti giuridici, III*, Napoli, 1990.

A.M. SANDULLI, *I lavori pubblici. Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Milano, 1967, ora in A. M. Sandulli, *Scritti giuridici*, IV, Napoli, 1992, 205 ss.

A.M.SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1989.

A.M.SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro it.*, 1954, 77, 217 ss., ora in Id. *Scritti giuridici, Diritto amministrativo*, III, Napoli, 1992.

A.SANDULLI, *Eccesso di potere e controllo di proporzionalità. Profili comparati*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 1995, 4.

A.SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1997.

A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, S. CASSESE (diretto da) *Trattato di diritto amministrativo, p.g., II*, Milano, 2003.

A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa. L'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo*, Milano, 2018.

F.SATTA, *Atto amministrativo*, in *Enc.giur.*, IV, Roma, 1988.

F.SATTA, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989.

J.M. SAUVÉ, *Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés?*, in *Les Cahiers Portalis, revue française d'études et de débats juridiques*, 2018, 5.

S.W.SCHILL, *Transnational legal approaches to Administrative Law: conceptualizing public contracts in globalization*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 2014, 1.

F. SCHIZZEROTTO, *I principali provvedimenti europei ed italiani in materia di green public procurement*, in *Riv.giur.ambi.*, 2004.

- E. SCHMIDT-ABMANN, L. DE LUCIA e M.C. ROMANO, *Prospettive della tutela giurisdizionale amministrativa in Germania e in Italia*, in *Dir.proc.amm.*, 2016, 3.
- A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico "normativo"*, in *Federalismi.it*, 2021, 18.
- F.G.SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995.
- F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv.trim.dir pubbl.*, 2000, 4.
- F.G.SCOCA, *Autorità e consenso*, in AA.VV. *Autorità e consenso nell'attività amministrativa, Atti del XLVIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 2002.
- F.G.SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc.dir.*, agg. VI, Milano, 2006
- F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Dir.amm.*, 2008, 2.
- F.G. SCOCA, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, in *Dir.proc.amm.*, 2020, 4.
- S.S. SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto*, Milano, 2008.
- S.S. SCOCA *I principi dell'evidenza pubblica*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010.
- E. SCOTTI, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *Dir. econ.*, 2019, 1.
- M.SCUDIERO e S. STAIANO, *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Napoli, 1999.

- A. SEMPLE, *A practical guide to public procurement*, Oxford, 2015.
- A. SEMPLE, *The link to the subject matter. A glass ceiling for sustainable public contracts?* in B. SJÄFJELL, A. WIESBROCK (eds) *Sustainable Public Procurement Under the EU Law. New Perspectives on the State as Stakeholder*, Cambridge, 2015.
- O. SEPE, *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961.
- P. SHEERAN, *Economic trade and considerations of circular economy approaches*, in T. TUDOR e C. J.C. DUTRA (eds), *The Routledge handbook of waste, resources and the circular economy*, Abingdon-New York, 2021.
- G. SIGISMONDI, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, in *Riv.trim.dir pubbl.* 2015, 2.
- B. SJÄFJELL, *The legal significance of Article 11 TFEU in the light of the principle of sustainable development for EU institutions and Member States*, in B. SJÄFJELL e A. WIESBROCK, *The Greening of European Business under EU Law. Taking article 11 TFEU seriously*, London, 2015.
- B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocenteschi a confronto*, in *Dir.amm.*, 1995.
- B. SORDI e L. MANNORI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001.
- B.SORDI, *Verso la grande dicotomia*, in G.A. Benacchio e M. Graziadei (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, Napoli, 2016.
- F. SPAGNUOLO, *Il green public procurement e la minimizzazione dell'impatto ambientale nelle politiche di acquisto della pubblica amministrazione*, in *Riv.it. dir. pubbl. comunitario*, 2006.

M.R.SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in M. Renna e F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012.

M.R.SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017.

G.SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir.proc.amm.* 1, 2011.

S.STICCHI DAMIANI, *I requisiti di ordine generale*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010.

G.STROZZI, *Unione Europea*, in *Dig.disc.pubbl., Agg.*, Torino, 1999.

K.SUMMAN, *Winds of change: European influences on German Procurement Law*, in *Public Contract Law Journal*, 2006, vol. 35, n. 3.

N.SYMCHOWICZ, *Le concept de développement durable appliqué à la commande publique*, in *Contrats publics*, 2010, 96.

S.TARULLO, *Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: l'ottica comunitaria ed i profili evolutivi*, in *Riv.trim.dir.comunitario*, 2002, 6.

T.TÀTRAI, KOVACS, *European Green Deal. The way to circular public procurement*, in *ERA forum*, 2021.

G.TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2012.

S.THOMAS, *Legal considerations for a circular economy*, in T. Tudor e C. JC. Dutra (eds), *The Routledge handbook of waste, resources and the circular economy*, Abingdon-New York, 2021.

- S.TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, in *Dir.amm.* 2020, 1.
- A.TRAVI, *Giurisdizione ed amministrazione*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE e F. SAIITA, *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione. Atti del convegno di Copanello 1-2 luglio 2011*, Milano, 2013, 9.
- F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità*, in *Dir. proc.amm.* 2016, 2, 36
- F. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir.amm.*, 1-2, 2013.
- F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir.amm.*, 2004.
- F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Dir. proc. amm.* 2019, 2.
- T.TUDOR e C. J-C. DUTRA, *Examining the concept of the circular economy*, in Id. (eds.) *The Routledge handbook of waste, resources and the circular economy*, Abingdon-New York, 2021.
- D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996.
- S. VALAGUZZA, *Governare per contratto. Come creare valore attraverso i contratti pubblici*, Napoli, 2018.
- S.VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale. Ammissibilità ed ambiti*, Milano, 2012.
- S.VALAGUZZA, *Sustainable development in public contracts. An example of Strategic Regulation*, Napoli, 2016.

- J. VAN ZEBEN, *The European Green Deal: the future of a polycentric Europe?*, in *European Law Journal*, 2021.
- F. VASSALLI, *Concetto e natura del fisco*, in *Studi giuridici*, III, 1908
- S. VILLAMENA, *Codice dei contratti pubblici 2016. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità*, in *Riv.giur. edilizia*, 3, 2017.
- S. VILLAMENA, *Codice dei contratti pubblici 2016. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità*, in F.DE LEONARDIS (a cura di), *Studi in tema di economia circolare*, Macerata, 2019.
- R.VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2016.
- J.Y. VINCENT, *L'erreur manifeste d'appréciation*, in *La Revue Administrative*, 1971, 142.
- S.VINTI, *I principi dell'evidenza pubblica*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con le pubbliche amministrazioni*, Torino, 2007.
- S.VINTI, *L'avvalimento e l'impossibile compromesso tra direttive comunitarie e principi nazionali*, in *Foro amm., Tar.*, 2006.
- S.VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008.
- S. VINTI, *Valutazioni comparative e sindacato giurisdizionale*, in *Dir.proc.amm.*, 2002, 3.
- P.VIRGA, *Contratto (dir. amm.), Teoria generale del contratto pubblico*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961.
- F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008.

A. WIESBROCK, *Sustainable state aid: a full environmental integration into the EU's State aid rules? Introduction*, in B. SJÅFJELL, A. WIESBROCK, *The Greening of European Business under EU Law. Taking article 11 TFEU seriously*, London, 2015.

J.M. WOHERLING, *Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France*, in *La revue administrative*, 1999, 52..

V. ZANGARA, *Limiti della funzione legislativa nell'ordinamento italiano*, Padova, 1955.

C. ZUCHELLI, *Avvalimento dei requisiti da altre imprese nelle procedure ad evidenza pubblica*, 2006, in www.giustizia-amministrativa.it.

C. ZUCHELLI, *L'avvalimento*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS e R. GAROFOLI, *Trattato sui contratti pubblici, II, L'organizzazione. La programmazione. I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, Milano, 2008.