

Università degli Studi di Roma “SAPIENZA”

Facoltà di Scienze Politiche

Dottorato di ricerca in Diritto Pubblico, Comparato e Internazionale
Curriculum di Diritto Amministrativo Europeo dell’Ambiente

**Appalti verdi e codice dei contratti pubblici: i criteri ambientali minimi (cam)
nell’attuazione delle direttive dell’Unione Europea sui contratti pubblici di quarta
generazione e profili di diritto comparato.**

Relatore:

Dottorando:
Giovanni Antonelli
Matricola n. 279894

Anno Accademico 2017-2018

Ai miei genitori

To Prof. Jody Freeman, Prof. Michael Gerrard and Prof. Christopher Yukins

Al mio Maestro Cons. M. Santise

CAPITOLO I

Bene ambientale: “governing by contract” nel sistema multi-livello di protezione.

Sommario: **1.** Introduzione: oggetto, metodo ed obiettivi dello studio. **2.** Ambiente: nozione giuridica e principi. **3.** Il carattere multilivello della tutela dell’ambiente. **3.1.** Diritto privato e c.d. contratto ecologico. Un “quarto” contratto? Lo sviluppo sostenibile come parametro di meritevolezza del contratto e la conformazione ecologica dell’autonomia negoziale. **4.** La tutela amministrativa dell’ambiente: modello *command and control* e modello di mercato. **4.1.** Diritto amministrativo ed interessi sensibili: il grado di resistenza degli interessi sensibili. **5.** Governare per contratto nell’evoluzione della legislazione ambientale: beni comuni e economia circolare nella prospettiva di un nuovo modello di pubblica amministrazione. Verso uno Stato “circolare”.

CAPITOLO II

Appalti pubblici: l’integrazione degli interessi ambientali nella contrattazione pubblica. L’interesse ambientale da vincolo tradizionalmente esterno a vincolo interno dell’evidenza pubblica.

Sommario: **1.** I principi promossi dalle politiche sugli appalti delle Organizzazioni internazionali. **2.** Le prime generazioni delle norme europee sugli appalti pubblici ed i principi sviluppati dalla Corte di giustizia. **3.** Le direttive 2004/177/CE - 2004/18/CE. **3.1.** L’identificazione dei bisogni. **3.2.** La descrizione dell’oggetto del contratto. **3.3.** Le specifiche tecniche. **3.4.** I criteri di qualificazione. **3.5.** I criteri di aggiudicazione. **3.6.** Le condizioni di esecuzione. **3.7.** Le principali barriere per l’affermarsi del *green procurement* nelle direttive del 2004. **4.** Evoluzione della legislazione interna in materia di appalti pubblici. **5.** La disciplina del d.lgs. 163/2006 e l’evoluzione del *green procurement*. **5.1.** I criteri ambientali nella definizione dell’oggetto del contratto. **5.2.** I criteri ambientali nella fase di ammissione. **5.3.** I criteri ambientali nella fase di aggiudicazione. **5.4.** I criteri ambientali nella fase di esecuzione. **6.**

Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione (PAN GPP).

CAPITOLO III

Gli appalti pubblici di quarta generazione ed i criteri ambientali minimi: le principali novità.

Sommario: **1.** L'impianto generale e gli intenti delle direttive del 2014. **1.1.** Le specifiche tecniche. **1.2.** I criteri di aggiudicazione. **1.3.** I criteri di selezione. **1.4.** Le condizioni di esecuzione. **1.4.** Il costo del ciclo di vita. **1.5.** L'utilizzo di etichette. **1.6.** Prime valutazioni sulla riforma. **2.** Il nuovo codice dei contratti pubblici: le disposizioni dedicate allo sviluppo sostenibile nelle singole fasi del procedimento ad evidenza pubblica. Violazione dei CAM e forme di tutela. **2.1.** I criteri di valutazione ed i loro rapporti. La nuova offerta economicamente più vantaggiosa. **2.2.** Il costo del ciclo di vita. **2.3.** Medie-piccole-micro imprese, produzioni chilometri zero e filiera corta. **2.4.** Le clausole di esecuzione degli appalti.

CAPITOLO IV

Profili di diritto comparato

Sommario: **1.** Stati Uniti: note introduttive. **1.1.** Evoluzione della disciplina. **1.2.** "L'esclusione dell'operatore di mercato" e l'ambiente. **1.2.1.** Cos'è "l'esclusione dell'operatore di mercato" (Market Participant Exception)? **1.2.2.** Cibo, ambiente e "l'esclusione dell'operatore di mercato". **1.2.3.** Standards ambientali generalmente applicabili e regolazione. **1.2.4.** La "dottrina della prevenzione": un fattore aggiuntivo nella regolazione degli Stati. **2.** Stati Uniti *versus* Europa: l'esclusione dell'operatore di mercato ed i profili ambientali negli appalti pubblici. **3.** Cina: il programma per gli appalti verdi: le tre fasi di

sviluppo. **3.1.** Le fonti. **3.2.** Misure specifiche per il *green procurement*. **3.3.** Problemi applicativi. **4.** Francia: le linee di sviluppo dal Codice dei contratti pubblici del 2001 al recepimento delle direttive dell'Unione europea del 2014. **5.** Germania: la “tricotomia” della disciplina degli appalti pubblici. **6.** Regno Unito: la tradizione degli appalti sostenibili. Dalla tutela “forte” alla tutela “debole”. **7.** Russia: brevi note storiche.

Conclusioni

CAPITOLO I

Bene ambientale: “governing by contract” nel sistema multi-livello di protezione.

Sommario: **1.** Introduzione: oggetto, metodo ed obiettivi dello studio. **2.** Ambiente: nozione giuridica e principi. **3.** Il carattere multilivello della tutela dell’ambiente. **3.1.** Diritto privato e c.d. contratto ecologico. Un “quarto” contratto? Lo sviluppo sostenibile come parametro di meritevolezza del contratto e la conformazione ecologica dell’autonomia negoziale. **4.** La tutela amministrativa dell’ambiente: modello *command and control* e modello di mercato. **4.1.** Diritto amministrativo ed interessi sensibili: il grado di resistenza degli interessi sensibili. **5.** Governare per contratto nell’evoluzione della legislazione ambientale: beni comuni e economia circolare nella prospettiva di un nuovo modello di pubblica amministrazione. Verso uno Stato “circolare”.

1. Introduzione: oggetto, metodo ed obiettivi dello studio.

Il tema della tutela dell’ambiente rappresenta una delle aree tematiche più indicative delle dinamiche evolutive che hanno interessato negli ultimi anni l’impianto originario del diritto amministrativo in generale, così come, nello specifico, del codice dei contratti pubblici.

Attraverso il prisma della nozione di ambiente¹ come recepita nel tempo sul piano positivo e giurisprudenziale, sembra possibile per l’interprete acquisire quella base conoscitiva necessaria per cogliere l’evoluzione del diritto amministrativo, nonchè le coordinate ermeneutiche utili all’individuazione dell’attuale equilibrio del sistema ordinamentale.

L’esame dei profili ambientali all’interno del microsistema degli appalti pubblici (c.d. appalti verdi o *green public procurement*) sottende la convergenza di più piani ed esprime tutta la

¹ Sulla tematica si rinvia a G. ROSSI, *La materializzazione dell’interesse ambientale*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell’ambiente*, Torino, 2011; B. CARAVITA, *Diritto pubblico dell’ambiente*, Bologna, 1990; G. PERICU, *Ambiente (tutela)*, in *Digesto disc. pubbl.*, Torino; P. DELL’ANNO - E. PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell’ambiente*, Cedam, Padova, 2012; F. FONDERICO, *La tutela dell’ambiente*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2000; M.P. CHITI – G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007. Si richiama l’attenzione sui primi saggi scientifici in materia: E. CAPACCIOLI, *Profili giuridico-organizzativi della tutela contro l’inquinamento dell’aria e dell’acqua*, in *Foro Amm.*, VI, 1970; M. S. GIANNINI, *Diritto dell’ambiente e del patrimonio naturale e culturale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, pp. 1122 ss.; Id., *Ambiente: saggio sui suoi diversi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, I, p. 15 e ss.; ed ancora E. CAPACCIOLI – F. DAL PIAZ, *Ambiente (tutela). Parte generale e diritto amministrativo*, in *Noviss. Dig.*, I, Torino, 1980; A. PREDIERI, *Paesaggio*, in *Enc. dir.*, 1981

tensione esistente tra *favor naturae* e *favor libertatis*, tra impostazione “massimalista” ed impostazione “migliorista” della protezione dell’ambiente, tra tutela dell’ambiente e promozione della concorrenza.

Gli scopi dell’indagine sono quelli di registrare da un lato il dato storico e giuridico dell’evoluzione della c.d. *governance* contrattuale pubblica (c.d. *government by contract*)² resasi necessaria quale particolare forma di regolazione a seguito del processo di privatizzazione (c.d. *outsourcing*) e realizzatasi nel contesto dell’ordinamento dell’Unione europea, così come nell’ambito di altri contesti ordinamentali³, attraverso la progressiva integrazione delle c.d. politiche orizzontali (ambientali e sociali) nell’ambito degli appalti pubblici anche grazie al concetto di economia circolare dei modelli economici e dei modelli istituzionali e al tema dei cc.dd. beni comuni; dall’altro, di evitare la “tirannia”⁴ del diritto dell’ambiente nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute che costituiscono complessivamente espressione della dignità della persona, risultato che di regola esiterebbe dalla aprioristica affermazione della primarietà assoluta del bene ambiente rispetto agli altri beni-interessi anch’essi costituzionalmente rilevanti.

In tale contesto si posiziona il particolare dialogo tra valori ambientali e procedure ad evidenza pubblica⁵, rappresentato dal tema dei criteri ambientali minimi (cam) oggetto della presente

² Cfr. J. FREEMAN, “We live in an era of pervasive government outsourcing, what we call government by contract. Over the last few decades, the United States government has outsourced to private actor a significant portion of its work, including both a broad range of service provision and important aspects of regulation and policymaking. Moreover, these contracts increasingly encompass what many consider to be core government functions. Although outsourcing is not new to the American scene, all levels of government in the United States depend on private contractors to some extent, its current scope and scale are unprecedented. Recent developments raise new questions about the government’s ability to manage its outsourcing relationships and, more broadly, about the compatibility of the American outsourcing regime with the country’s professed commitment to the democratic values of public participation, accountability, transparency and rule of law”, in *Governing by contract: outsourcing and American democracy*, 2009.

³ Cfr. Capitolo IV per i profili di diritto comparato.

⁴ L’espressione è di Cort. cost. n. 85 del 2013, relativa alla nota vicenda dell’Ilva di Taranto.

⁵ Sul tema, nell’ambito di un’ampia letteratura, cfr. B. SJÅFJELL, A. WIESBROCK, *Sustainable Public Procurement under EU Law*, Cambridge, 2015; F. LICHÈRE - R. CARANTA - S. TREUMER (Curr.), *Modernising Public Procurement: the New Directive*, Copenhagen, 2014; B. FENNI, *Il Green Public Procurement come strumento di sviluppo sostenibile*, 2014, in <http://www.ambientediritto.it>; L. Arecchi, *La tutela delle esigenze ambientali, sociali ed occupazionali nelle nuove direttive in materia di contratti pubblici*, 2014, in www.lineavcp.it; G. FIDONE, *Gli appalti verdi all’alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. it. dir. pubblico comunitario*, 2012, p. 819; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, p. 490; R. CARANTA - M. TRYBUS (Curr.), *The Law of Green and Social Procurement in Europe*, Copenhagen, 2010; S. ARROWSMITH - P. KUNZLIK (Curr.), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*, Cambridge, 2009; F. GAVERINI, *Attività contrattuale della P.A. e protezione dell’ambiente: gli appalti verdi*, in *Riv. giur. Edilizia*, 2009, 153; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell’ambiente*, Torino, 2007, 410; F. SPAGNUOLO, *Il Green Public Procurement e la minimizzazione*

indagine, dove i principi sottesi alla protezione dell'ambiente e quelli che presiedono le procedure di gara (*favor participationis*, trasparenza, non discriminazione) possono trovare una non facile composizione, soprattutto in ragione della considerazione del rischio associato all'adozione di fattori regolativi del mercato che, fondati sulla promozione di sistemi di produzione a basso impatto ambientale, rischiano di alterarne la tradizionale impostazione concorrenziale e non discriminatoria.

Non va trascurato, dunque, il possibile costo economico e sociale di una protezione dell'interesse dell'ambiente che non tenga in debito conto le esigenze del mercato e della concorrenza all'interno delle procedure ad evidenza pubblica.

Un microsistema, quello rappresentato dagli appalti pubblici, di rilevanza cruciale sia sotto il profilo dell'analisi economica, sia sotto il profilo dell'analisi giuridica.

Quanto al primo aspetto, il carattere strategico di tale strumento pubblico emerge in modo chiaro dalla rilevanza economica del fenomeno. Gli appalti pubblici, infatti, rappresentano a livello internazionale un volume di 1.3 trilioni di euro ogni anno, mentre nell'Unione europea la spesa pubblica totale per beni, lavori e servizi ammonta a circa il 15% del Pil.

Di qui la considerazione di come l'uso responsabile delle risorse naturali e l'attuazione del principio dello sviluppo responsabile possano diffondersi attraverso lo strumento contrattuale,

dell'impatto ambientale nelle politiche di acquisto della pubblica amministrazione, in *Riv. it. dir. pubblico comunitario*, 2006, p. 397.

Si segnalano inoltre numerose comunicazioni e pubblicazioni della Commissione Europea, tra le quali: Commissione Europea, Comunicazione del 7 febbraio 2001, *Libro verde sulla politica integrata relativa ai prodotti*, COM (2001) 68 def.; Commissione Europea, Comunicazione del 4 luglio 2001, *Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici*, COM (2001), 274 def.; Commissione Europea, Comunicazione del 15 ottobre 2001, *Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare aspetti sociali negli appalti pubblici*, COM (2001) 566 def.; Commissione Europea, Comunicazione del 17 marzo 2003, *Politica integrata dei prodotti. Sviluppare il concetto di ciclo di vita ambientale*, COM (2003) 302 def.; Commissione Europea, Comunicazione del 16 luglio 2008, *Sul piano d'azione "produzione e consumo sostenibili" e "politica industriale sostenibile"*, COM (2008) 397 def.; Commissione Europea, Comunicazione del 16 luglio 2008, *Appalti pubblici per un ambiente migliore*, COM (2008) 400 def.; Commissione Europea, Comunicazione del 5 maggio 2009, *Contribuire allo sviluppo sostenibile: il ruolo del commercio equo e solidale e dei programmi non governativi in ambito commerciale a garanzia della sostenibilità*, COM (2009) 215 def.; Commissione Europea, Comunicazione del 3 marzo 2010, *Europa 2020 - Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, COM (2010)2020 def.; Commissione Europea, Comunicazione del 27 gennaio 2011, *Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, COM (2011) 15 def.; Commissione Europea, Comunicazione del 2 luglio 2014, *Verso un'economia circolare: programma per un'Europa a zero rifiuti*, COM (2014) 398 def.; Commissione Europea, Comunicazione del 2 dicembre 2015, *L'anello mancante - Piano d'azione dell'UE per l'economia circolare*, COM (2015) 614; Commissione Europea, *Acquisti sociali. Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici*, Lussemburgo, 2011; Commissione Europea, *Acquistare verde. Un manuale sugli appalti pubblici ecocompatibili*, Lussemburgo, 2005.

così che l'utilizzo eco-compatibile di queste risorse economiche possa avvenire in modo tale da promuovere la produzione ed il consumo sostenibile.

Una tale integrazione di profili ambientali e sociali all'interno del tradizionale statuto della contrattazione pubblica sembra però non possa avvenire senza una opportuna riflessione sui delicati problemi di bilanciamento con le esigenze della concorrenza.

L'inserimento tra i criteri di aggiudicazione di clausole ecologiche tese alla selezione del contraente privato in funzione di interessi ambientali dovrà esercitarsi secondo ragionevolezza e proporzionalità, in quanto l'obbligatorietà del criterio di valutazione ambientale sembra non possa risolversi nella sub-valenza, se non nel disconoscimento, delle ragioni pro-concorrenziali, e dei suoi corollari di trasparenza e parità di trattamento, del mercato di riferimento.

Oltre al rilievo dell'analisi economica del diritto, sotto il profilo dogmatico occorre verificare se ed in che modo l'obbligatorietà dei criteri ambientali minimi fissata dall'art. 34 (criteri di sostenibilità energetica ed ambientale) d.lgs. n. 50 del 2016 (c.d. codice dei contratti pubblici), come modificato dal d.lgs. n. 56 del 2017 (c.d. decreto correttivo), possa adeguarsi ai profili di specialità funzionale che caratterizzano i tradizionali istituti del settore degli appalti pubblici. E' da sottolineare sin da subito come l'obbligo giuridico dell'inserimento dei criteri ambientali minimi nella documentazione progettuale e di gara, così come l'obbligo di inserimento di clausole sociali nel bando di gara volte a promuovere la stabilità occupazionale, non significhi necessariamente prevalenza assoluta delle esigenze ambientali o sociali.

Una tale opzione interpretativa sembra confortata da numerosi elementi, tra cui rileva, come indice dimostrativo della tesi che qui si sostiene, l'assenza nella direttiva europea 2014/24/UE di una previsione relativa a clausole verdi obbligatorie.

Infatti, mentre il considerando n. 91 della direttiva citata prevede, in modo piuttosto generico, un obbligo in positivo ove si afferma che le esigenze connesse alla tutela dell'ambiente debbano essere integrate "nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione", il considerando n. 95 non reputa opportuno stabilire "requisiti obbligatori generali lasciando che sia la normativa settoriale specifica a fissare obiettivi e prospettive vincolanti in funzione delle particolari politiche e condizioni vigenti nel settore pertinente".

Ad accreditare tale impostazione anche una recente pronuncia del Consiglio di Stato⁶ (sentenza n. 2078 del 5 maggio 2017), che offre l'occasione per comprendere la latitudine applicativa dell'obbligatorietà della c.d. clausola sociale degli appalti pubblici, con la conclusione dell'affermazione dell'inesistenza di un obbligo assoluto di garantire la continuità di tutti i rapporti di lavoro progressi.

Elementi di tipo sistematico, connessi ad una interpretazione teleologicamente orientata del quadro ordinamentale, sembrano condurre l'interprete ad attribuire a tale obbligo un carattere relativo, pena la violazione della libertà di iniziativa economica e del principio di concorrenza.

⁶“la c.d. clausola sociale deve essere interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando altrimenti essa lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti, nonché atta a ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'articolo 41 Cost., che sta a fondamento dell'autogoverno dei fattori di produzione e dell'autonomia di gestione propria dell'archetipo del contratto di appalto, sicché tale clausola deve essere interpretata in modo da non limitare la libertà di iniziativa economica e, comunque, evitando di attribuirle un effetto automaticamente e rigidamente escludente; conseguentemente l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente, nello stesso posto di lavoro e nel contesto dello stesso appalto, deve essere armonizzato e reso compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante; i lavoratori, che non trovano spazio nell'organigramma dell'appaltatore subentrante e che non vengano ulteriormente impiegati dall'appaltatore uscente in altri settori, sono destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali; la clausola non comporta invece alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria”.

Nello stesso senso cfr. Cons. St., sez. III, sentenze n. 1255/2016 e n. 5598/2015; si vedano anche, sez. IV, sentenza n. 2433/2016 e sez. VI, sentenza n. 5890/2014; Come evidenziato dall'Anac nel parere n. 586 del 3 agosto 2016 “tale disposizione si pone in continuità con quanto previsto nel previgente d.lgs. 163/2006, contemplante anch'esso la facoltà per la stazione appaltante di inserire la clausola sociale tra le condizioni di esecuzione del contratto d'appalto (art. 69 del Codice, in recepimento dell'art. 26 della direttiva 2004/18/CE e dell'art. 38 della direttiva 2004/17/CE). Sembra utile evidenziare al riguardo che in ordine a tale disciplina del d.lgs. 163/2006 l'Autorità ha affermato che il riassorbimento del personale del precedente aggiudicatario deve essere armonizzabile con l'organizzazione dell'impresa subentrante e con le esigenze tecnico organizzative e di manodopera previste nel nuovo contratto, in modo da non attribuirle un effetto escludente (determinazione n. 9/2015). Anche la giurisprudenza ha osservato che «l'appaltatore subentrante deve prioritariamente assumere gli stessi addetti che operavano alle dipendenze dell'appaltatore uscente, a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione d'impresa prescelta dall'imprenditore subentrante». Aggiungendo, inoltre, che alla clausola sociale deve essere data una lettura flessibile, secondo il diritto vivente e pertanto, i lavoratori che non trovano spazio nell'organigramma dell'appaltatore subentrante o vengono adibiti ad altri servizi o sono destinatari delle norme in materia di ammortizzatori sociali (Cons. Stato, sez. IV, 2 dicembre 2013, n. 5725; in argomento cfr. anche Avcp, parere di precontenzioso, n. 44/2010, Avcp parere sulla normativa, AG 41/2012)”.

In senso contrario rispetto al consolidato orientamento cfr. distonica rispetto agli arresti raggiunti, la sentenza n. 55 del 27.01.2017, resa dal TAR Liguria, sez. II, che offre dell'istituto della clausola sociale una lettura completamente differente affermando, con riferimento a procedura indetta con il previgente codice degli appalti, “che la clausola sociale contenuta nel bando non era affatto indeterminata, e che essa tutto il personale addetto all'unità produttiva interessata” di talché “la stessa assume portata cogente sia per gli offerenti che per l'amministrazione. Né la società ricorrente può addurre, a giustificazione del proprio rifiuto ad ottemperare ad un obbligo liberamente assunto, generiche quanto indimostrate esigenze organizzative”, giungendo, alla conclusione che è proprio “l'inserimento nella *lex specialis* della così detta clausola sociale che realizza, a livello del singolo appalto, il necessario contemperamento tra il diritto di iniziativa economica e le finalità sociali di salvaguardia occupazionale”.

Secondo un certo filone ricostruttivo, un tale esito interpretativo si giustificava all'interno del precedente quadro normativo, mentre non sarebbe sostenibile alla luce dello *ius superveniens*. L'art. 69 d.lgs. n. 163 del 2006⁷ e l'art. 50 d.lgs. n. 50 del 2016⁸ prevedevano, infatti, la facoltatività dell'inserimento della clausola sociale nel bando, la cui mancanza non risultava assoggettata ad obblighi motivazionali specifici da parte della stazione appaltante. Diversamente, la modifica dell'art. 50 d.lgs. n. 50 del 2016 da parte dell'art. 33 del d.lgs. n. 56 del 2017 ha introdotto l'obbligatorietà dell'inserimento nel bando della clausola sociale, così desumendo dal cambiamento del quadro normativo l'esistenza di un obbligo giuridico a carattere assoluto alla stabilità occupazionale in capo al gestore subentrante nel contratto.

La riferita traiettoria argomentativa non sembra condivisibile per almeno tre ragioni.

L'art. 30 d.lgs. n. 50 del 2016 (Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni) prevede che nell'affidamento degli appalti e delle concessioni le stazioni appaltanti debbano uniformarsi ai principi di economicità, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e libera concorrenza e che soltanto il principio di economicità, non dunque anche gli altri, possa essere subordinato ad esigenze sociali o ambientali.

Lo stesso art. 50 del d.lgs. n. 50 del 2016 che, come modificato, ha imposto l'obbligo di inserimento delle clausole sociali reca l'inciso "nel rispetto dei principi dell'Unione europea", da ciò potendosi concludere che le esigenze di protezione sociale non possano imporsi senza la considerazione delle altre esigenze presenti nelle procedure di evidenza pubblica.

Infine, dall'art. 177, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 sembra emergere il carattere della eccezionalità nel sistema dei contratti pubblici dell'obbligo di carattere generale di riassorbimento di tutto il personale impiegato nell'esecuzione del contratto.

⁷ "Le stazioni appaltanti possono esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto comunitario e, tra l'altro, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, e purché siano precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando, o nel capitolato d'onori. 2. Dette condizioni possono attenersi, in particolare, a esigenze sociali o ambientali".

⁸ "Per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti possono inserire, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81. I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto".

La disposizione, infatti, si riferisce ad una ipotesi speciale ed eccezionale rispetto a quella dell'art. 50, come evidenziato dall'Anac con il parere n. 856 del 3 agosto 2016. Anche laddove si ritenga venuto meno il rapporto di specie a genere tra art. 177 ed art. 50, a seguito della modifica di quest'ultimo, e si sostenga che l'obbligo di inserimento nella *lex specialis* della clausola sociale vada interpretata come contemplante l'obbligo generale di stabilizzazione del personale impiegato, ciò non esclude l'eventuale contemperamento degli eccezionali limiti evidenziati dalla giurisprudenza formatasi sul punto.⁹

Incontestabile è la novità rappresentata dalla trasformazione dell'interesse ambientale da vincolo esterno, poiché l'originaria prospettiva comunitaria degli appalti pubblici rispondeva al solo interesse economico della tutela della concorrenza, a vincolo immanente ed interno alle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

La prospettiva del necessario contemperamento di interessi non importa, infatti, il disconoscimento delle implicazioni conseguenti al dibattito su beni comuni ed economia circolare. I beni comuni rappresentano così una forma di reazione¹⁰ dell'assoggettamento di una pluralità di beni pubblici alla logica di mercato, espressione della necessità, dopo il percorso di privatizzazione, di controllare ed indirizzare l'azione dei soggetti privati. La contrattazione pubblica, in questo senso, attraverso la previsione del carattere obbligatorio dei criteri ambientali minimi negli appalti pubblici, costituisce uno dei moduli di azione in grado di consentire l'approdo ad un nuovo modello istituzionale, definito da autorevole dottrina "Stato circolare"¹¹ che succede allo Stato liberale e a quello sociale.

Il problema di fondo non investe, dunque, la questione della necessità di un nuovo modello istituzionale, ma piuttosto quella di carattere più generale relativa alla possibilità di immaginare forme alternative di *soft regulation*¹² orientate in maggior misura sui *goals* rispetto ai *constraints*¹³ e quella della portata assoluta o relativa del vincolo dei criteri ambientali all'interno dei procedimenti ad evidenza pubblica.

⁹ In questo senso cfr. Anac, parere n. 586 del 3 agosto 2016.

¹⁰ In questa prospettiva Cfr. G. FIDONE, *Proprietà pubblica e beni comuni*, 2017.

¹¹ Cfr. F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: Saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso un nuovo Stato circolare?*, in *Diritto amministrativo*, 2017.

¹² Cfr. S. KELMAN, *Reinventing government 25 years later*, 2017; Id. *Remaking federal procurement*, 2002.

¹³ Cfr. S. KELMAN, *Goals, constraints and the design of public procurement system*, in *The different costs of different goals of public procurement*, 2012.

Si tratta così di un vincolo che va relativizzato rispetto a tutti gli altri interessi in gioco e valutato caso per caso, nonostante l'obbligatorietà sembri limitare la discrezionalità dell'amministrazione.

I principi di proporzionalità e ragionevolezza sembrano dunque imporre un necessario bilanciamento in concreto di opposte esigenze, sociali e pro-concorrenziali, con conclusioni estendibili in via interpretativa anche alle clausole ambientali.

Il vincolo interno rappresentato dall'obbligatorietà dell'integrazione di requisiti ambientali e sociali, potrà al più rilevare come obbligo per la pubblica amministrazione, nella specie per la stazione appaltante, di motivare in modo puntuale sulle ragioni di fatto che, nel perseguimento del pubblico interesse affidato alle sue cure, l'ha indotta a dar prevalenza alle ragioni di tutela della concorrenza rispetto alle ragioni di protezione ambientale o sociale.

Attraverso il paradigma della riferita opzione ricostruttiva, sembra opportuno delimitare il campo dell'indagine riassumendo le aree tematiche che saranno oggetto di svolgimento del percorso analitico della trattazione.

Si procederà principiando dalla individuazione del valore ambientale (evoluzione storica e giuridica) e dalla definizione dei principi che orientano la materia dell'ambiente, passando al rilievo del suo carattere multi-livello (conformazione dell'autonomia negoziale e tutela amministrativa), transitando poi logicamente verso l'affermazione di un regime speciale di diritto amministrativo connesso ai caratteri propri dell'esercizio dell'azione amministrativa in materia ambientale, che si colora di ulteriore specialità nel momento in cui si approda a restringere l'analisi al settore degli appalti pubblici. Proprio in riferimento a quest'ultima area tematica, si evidenzierà una parziale linea di continuità tra d.lgs. 163/2006 e d.lgs. 50/2016 con la conclusione che la legittimità di criteri non propriamente economici, come quelli ambientali, sia oggi, nell'equilibrio del sistema, predicabile a condizione che siano pertinenti rispetto all'oggetto dell'appalto, siano previamente pubblicati, siano rispettosi dei principi fondamentali del diritto euro-unitario (libera circolazione delle merci, libertà di stabilimento, libera prestazione di servizi, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità).

In altre parole, il problema che si ripropone, anche alla luce del mutato quadro normativo di settore, è quello delle modalità con cui conciliare la tutela dell'ambiente con quella della concorrenza.

Nel riassunto quadro sistematico, si procederà all'analisi specifica dei profili strutturali e funzionali dei criteri ambientali minimi (CAM), nell'evoluzione della disciplina giuridica degli appalti pubblici, ponendo una particolare attenzione alla disciplina comunitaria definita dalla direttiva 2004/18/CE recepita nell'ordinamento interno dal d.lgs. 163/2006 e successivamente alla disciplina introdotta dalle direttive 2014/24/UE – 2014/25/UE recepite dal d.lgs. 50/2016.

La parte finale sarà dedicata all'esame di alcune tra le esperienze più significative in tema di integrazione di politiche orizzontali negli appalti pubblici, ambito in cui sembrano replicarsi le stesse questioni di fondo che si agitano sul piano interno: il bilanciamento tra promozione-protezione dell'ambiente ed accessibilità dei mercati da un lato, configurabilità di un diverso modello di governo per contratto improntato alla *soft regulation*.

2. Ambiente: nozione giuridica e principi.

La ricostruzione giuridica della nozione di ambiente rappresenta il punto di partenza da cui muovere per la corretta impostazione del tema oggetto di svolgimento nella presente analisi dei criteri ambientali minimi inseriti nel codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016).

Principiando dalla c.d. commissione Franceschini¹⁴, si rileva come la categoria dei beni “culturali ambientali” sia stata identificata nelle “zone corografiche costituenti paesaggi, naturali o trasformati ad opera dell’uomo, e le zone delimitabili costituenti strutture insediative, urbane e non urbane, che presentando particolare pregio per i loro valori di civiltà, devono essere conservate al godimento della collettività”.¹⁵

In ragione della prospettiva accolta dal legislatore nel 1964, secondo cui la normativa relativa alla materia ambientale non poteva che essere di tipo settoriale, la dottrina giungeva alla descrizione dei vari aspetti della nozione giuridica di ambiente, caratterizzata da una

¹⁴ Legge 26 aprile 1964 n. 310: *Costituzione di una Commissione d'indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico archeologico, artistico e del paesaggio*, in *G.U.* 26 maggio 1964 n. 128. La Commissione, all’esito dei suoi lavori, ne compendì i risultati nella pubblicazione *Per la salvezza dei beni culturali in Italia. Atti e documenti della Commissione d'indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio*, Roma, 1967.

¹⁵ Riguardo a tale definizione, specifica M. S. GIANNINI, *Ambiente*, Op. cit.: “L’elaborata scrittura della dichiarazione la rivela risultato di una travagliosa formazione. Ed effettivamente, e salvo tornare più oltre su aspetti giuridici più precisi, nella Commissione si contrapposero due tendenze: fissata infatti dapprima la nozione di bene culturale ed in questa individuata poi quella di bene ambientale, vi era chi riteneva che comunque il bene ambientale dovesse prima essere identificato in quanto culturale, vi era chi invece riteneva che la previa identificazione fosse costrittiva, sia per i beni ambientali paesaggistici che per quelli urbani, e suggeriva una nozione “aperta” di bene ambientale. [...] La Commissione Franceschini scelse la tesi restrittiva, soprattutto per la presa di posizione degli esperti dell’Amministrazione dei lavori pubblici-urbanistica, ma – come si vedrà meglio più oltre – suggerì uno strumento di tutela, cioè il piano urbanistico, che si riteneva congruo anche se si fosse seguita l’altra tesi”.

tripartizione¹⁶: paesaggio¹⁷, difesa del suolo-aria-acqua¹⁸, l'oggetto della normativa dell'urbanistica.¹⁹

All'epoca, dunque, il diritto ambientale si identificava in una pluralità di prescrizioni normative disciplinanti la tutela di specifiche categorie di beni. La tradizionale visione pluralista gianniniana era confermata anche da altri autori²⁰ che sostenevano come l'ambiente non potesse essere ricondotto ad un paradigma unitario anche sulla base degli artt. 9 e 32 Cost., facendo così confluire in due insiemi²¹ le tre categorie della tripartizione appena riferita.

Negli anni successivi, la maggior attenzione offerta al tema dell'ambiente dalla normativa comunitaria e sovranazionale ha condotto ad un progressivo superamento dell'opzione ricostruttiva pluralista, favorito dalla lenta acquisizione della consapevolezza per cui i problemi di carattere ambientale non possono essere considerati unicamente nella prospettiva nazionale. La propagazione degli eventi connessi alla lesione dell'ambiente, infatti, travalica spesso i confini nazionali, richiedendo di necessità una regolazione di livello sovrastatale.²²

¹⁶ Cfr. P. CARPENTIERI, *La nozione giuridica di paesaggio*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2004, pp. 363 ss.: "Tale tripartizione appare pregevole perché obbedisce a un criterio di ricostruzione storica della legislazione intervenuta nelle materie, tiene conto dell'evoluzione culturale, non solo nel campo del diritto, che allo sviluppo della legislazione si è accompagnata, e risponde soprattutto al criterio finalistico che si è sopra tratteggiato quale metodo essenziale di riconoscimento dell'autonomia concettuale giuridica dei termini e delle nozioni".

¹⁷ Cfr. M. S. GIANNINI, *Ambiente*, Op. cit.: "All'ambiente nei senso di cui al n. 1 si conducono le bellezze naturali, i centri storici (nel senso ampio che questa voce ha assunto oggi), i parchi naturali, i parchi florifaunistici, le foreste".

¹⁸ Cfr. M. S. GIANNINI, *Ambiente*, Op. cit.: "All'ambiente nel senso di cui al n. 2 si riconduce ciò che concerne la prevenzione e la repressione di attività che portino a degradazione del suolo, ad inquinamento dell'aria e delle acque terrestri e marine; agli aspetti insomma che oggi si sogliono sintetizzare nella tutela ecologica".

¹⁹ Cfr. M. S. GIANNINI, *Ambiente*, Op. cit.: "All'ambiente nel senso di cui al n. 3 attiene tutta la problematica dell'assetto del territorio, come individuazione delle vocazioni, scelta delle località per le installazioni, individuazione dei bacini (di traffico, di lavoro, di servizi, ecc.), precettistica degli insediamenti, e così via".

²⁰ Oltre alla ricostruzione di M. S. Giannini, si veda per esempio quella di G. TORREGROSSA, *Introduzione al diritto urbanistico*, Milano, 1987, pp. 121 ss.: "al termine ambiente [...] deve attribuirsi un significato non contenutistico, ma convenzionale, espressivo cioè di un fenomeno in cui convergono – senza integrarsi – diversi elementi materiali, quali l'aria, l'acqua, il suolo, e comportamenti umani, elementi tutti i quali ricevono una tutela che non solo è formalmente differenziata, ma che presenta caratteri di diversità anche all'interno di ciascun elemento: l'acqua, ad esempio, è diversamente disciplinata a seconda che serva per l'irrigazione o sia destinata all'uso potabile". Su una linea assimilabile si colloca anche l'opinione di E. CAPACCIOLI, A. DAL PIAZ, voce *Ambiente*, in *Nss. D.I.*, pp. 257 ss..

²¹ Cfr. A. PREDIERI, voce *Paesaggio*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXXI, pp. 503 ss., secondo cui si deve riscontrare, nell'ambito considerato, una bipartizione tra l'ambiente inteso in relazione alla disciplina posta a protezione del paesaggio (concepito, più specificamente, come "forma del territorio") e l'ambiente sotteso alle norme sulla difesa dell'aria, dell'acqua e del suolo, norme finalizzate alla tutela della salute ex art. 32 Cost.. Conforme anche G. Pericu, voce *Ambiente (tutela dell')* nel diritto amministrativo, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1987, p. 190.

²² Cfr. R. FERRARA, Voce *Ambiente (dir. amm.)*, in S. Patti (a cura di), *Il diritto (enciclopedia giuridica Il Sole 24 Ore)*, p. 290: "è del tutto evidente, alla stregua di una massima di comune esperienza, che ogni disciplina ambientale, in ognuno dei settori e comparti rilevanti (acqua, aria, suolo, inquinamento di varia fonte), abbia il proprio *incipit* nel diritto internazionale ed in quello dell'Unione europea (a cominciare, ovviamente, dal diritto

La concezione unitaria della nozione giuridica di ambiente ha trovato riscontro in plurime ricostruzioni della dottrina²³ ed alla impostazione “umanistica” o antropocentrica si è venuta affiancando anche un orientamento “naturalistico”²⁴ o ecocentrico che considera l’ambiente un bene indisponibile da conservare e tutelare.

Proprio quest’ultima opzione ricostruttiva sembra essere stata accolta sia dal diritto comunitario sia dalla Costituzione a seguito della modifica costituzionale del 2001 che ha attribuito alla potestà legislativa concorrente delle Regioni una serie di materie strettamente connesse con i profili della tutela dell’ambiente (tutela della salute, governo del territorio, energia, reti di trasporto e di navigazione, valorizzazione dei beni culturali ed ambientali).

Nel pronunciarsi sulla nuova potestà di cui all’art. 117 Cost., comma 2, lett. s), la Corte costituzionale ha precisato come l’ambiente non debba essere inteso come una materia, bensì come un valore del sistema ordinamentale nel suo complesso, una sorta di materia “trasversale” oggetto di tutela dai plurimi livelli di governo territoriale, spettando allo Stato la disciplina rispondente ad esigenze di tutela uniforme.²⁵

A livello sovranazionale, le prime disposizioni aventi ad oggetto la materia ambientale si individuano negli articoli n. 130 R, 130 S e 130 T inseriti dall’Atto unico europeo del 1986 nel nuovo titolo VII del Trattato di Roma del 1957.

comunitario originario). Il che non è avvenuto certo casualmente, ma piuttosto a causa della dimensione oggettivamente globale e planetaria delle emergenze e delle sofferenze ambientali: gli inquinamenti non conoscono le frontiere degli Stati nazionali e molto spesso le emergenze ambientali presentano un’oggettiva rilevanza transnazionale; le regolazioni, d’altro canto, non possono essere, dal loro lato, che transnazionali oppure internazionali *tout court*, in quanto la stessa dimensione europea ha molto spesso i caratteri di un semplice contesto regionale e domestico”.

²³ Cfr. F. GIAMPIETRO, *Diritto alla salubrità dell’ambiente*, Milano, 1980; B. CARAVITA, *Diritto pubblico dell’ambiente*, Bologna, 1990.

²⁴ Cfr. M. FRACANZANI, *L’ambiente tra tutela e (necessario) profitto nel decreto legislativo 152/2006*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2007, pp. 187 ss.; F. Giunta, voce *Ambiente (dir. pen.)*, in S. PATTI (a cura di), *Il diritto*, cit., Vol. I, p. 280.

²⁵ Cfr. C. Cost., sentenza n. 407 del 26 luglio 20021, in *Riv. Giur. Amb.*, 2002, p. 937. La sentenza prosegue evidenziando che: “I lavori preparatori relativi alla lettera s) del nuovo art. 117 della Costituzione inducono, d’altra parte, a considerare che l’intento del legislatore sia stato quello di riservare comunque allo Stato il potere di fissare *standards* di tutela uniformi sull’intero territorio nazionale, senza peraltro escludere in questo settore la competenza regionale alla cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali. In definitiva, si può quindi ritenere che riguardo alla protezione dell’ambiente non si sia sostanzialmente inteso eliminare la preesistente pluralità di titoli di legittimazione per interventi regionali diretti a soddisfare contestualmente, nell’ambito delle proprie competenze, ulteriori esigenze rispetto a quelle di carattere unitario definite dallo Stato”.

L'attenzione della disciplina comunitaria si è poi sviluppata con il Trattato di Maastricht del 1992, istitutivo della Comunità europea, che all'art. 2 ha introdotto il principio della promozione di una crescita sostenibile, poi specificato dal Trattato di Amsterdam del 1997.

Proprio la prospettiva offerta dalla concezione unitaria di ambiente, con la sua incidenza anche sullo svolgimento di attività economiche ha incrementato le ragioni di intervento da parte del livello sovranazionale²⁶.

Si è passati infatti da un intervento mediante il ricorso dei c.d. poteri impliciti (originario art. 235 Trattato CE)²⁷ fino all'introduzione di una base normativa in materia con l'adozione dell'Atto unico europeo e formando poi una specifica politica comunitaria con il Trattato di Maastricht del 1992.

Nella ricostruzione di cui si sono ripercorse le principali tappe evolutive, occorre ai fini della presente indagine dar conto degli ulteriori sviluppi raggiunti con il Trattato di Lisbona del 2007. Quest'ultimo, in disparte le parziali modifiche relative alle procedure di adozione delle disposizioni in materia ambientale, conferma a livello di sistema le acquisizioni raggiunte dalla concezione unitaria e dalla prospettiva dell'ambiente come valore di carattere trasversale interferente le singole materie rispetto alle quali l'Unione europea è centro di imputazione di competenze. La tutela ecologica sarà declinata attraverso tre categorie²⁸ di azioni: c.d.

²⁶ Cfr. F. FONDERICO, voce *Ambiente (dir. amm.)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario*, p. 206, che aggiunge: "da qui deriva una perenne tensione tra esigenze di uniformità della disciplina ed esigenze di differenziazione (derivanti dalla necessità di adattare le politiche ambientali sopranazionali e nazionali ai contesti locali)". Sul punto, osservano G. COCCO, A. MARZANATI, R. PUPILELLA, A. RUSSO, *Ambiente*, in M.P. CHITI, G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, 1997: "Durante la fase del pionierismo ambientale ed in assenza di una formulazione *ad hoc* nel Trattato, le iniziative settoriali furono però marcate – a livello tecnico-giuridico – da una forte impronta di ancillarità rispetto alle misure indirizzate a perseguire l'obiettivo dell'instaurazione e del buon funzionamento del mercato". Per una disamina più approfondita delle varie fasi evolutive della Comunità europea e sulla sua politica in materia ambientale, cfr. F. GABRIELE, A.M. NICO (a cura di), *La tutela multilivello dell'ambiente*, Bari, 2005; E. LOUKA, *Conflicting integration – The environmental law of the european union*, London, 2005; M. ONIDA, *Europe and the environment. Legal issues in honor of Ludwig Kramer*, Groningen, 2004; M. COLUCCI, S. SICA, *L'Unione europea*, Bologna, 2004; G. CATALDI, voce *Ambiente (tutela dell') Diritto della Comunità europea*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2001, pp. 1 ss..

²⁷ Art. 235 Trattato CE (oggi art. 308), nella sua originaria versione: "Quando un'azione della Comunità risulti necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità, senza che il presente trattato abbia previsto i poteri d'azione a tal uopo richiesti, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e dopo aver consultato il Parlamento europeo, prende le disposizioni del caso".

²⁸ Cfr. F. FONDERICO, voce *Ambiente (dir. amm.)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario...*, p., 207. Sulla scelta tra i mezzi a disposizione, cfr. G. COCCO, A. MARZANATI, R. PUPIELLA, A. RUSSO, *Ambiente*, in M.P. CHITI, G. GRECO, *Trattato*, p. 122: "[...] parrebbe ragionevole assumere a metro di giudizio il livello di intensità da imprimere a ciascuna azione ed il livello di armonizzazione che si intende perseguire, onde desumerne il carattere più o meno vincolante dello strumento giuridico occorrente".

programmi generali di azione che determinano gli obiettivi da raggiungere, atti normativi (regolamenti e direttive) e, infine, accordi internazionali.

Il ruolo forse più importante svolto dall'Unione europea sembra non risiedere tanto nelle specifiche azioni di tutela di cui si è dato conto, quanto piuttosto nella fissazione di principi generali che ad oggi rappresentano indirizzo legislativo e canone ermeneutico della normazione²⁹ vigente in materia di ambiente.

Una delle tappe che confermano anche a livello nazionale il rilievo indiscusso dei principi generali della materia si individua negli artt. 3-bis ss. del d.lgs. n. 152/2006 (Codice dell'ambiente), secondo cui “i principi posti dal presente articolo e dagli articoli seguenti costituiscono i principi generali in tema di tutela dell'ambiente, adottati in attuazione degli articoli 2, 3, 9, 32, 41, 42, 44 e 117, commi 1 e 3, della Costituzione e nel rispetto del Trattato dell'Unione europea”.

Ai sensi dell'art. 3-bis, comma 2, tali principi rappresentano regole generali nell'adozione di atti normativi e nell'adozione di provvedimenti contingibili ed urgenti, mentre l'art 3-ter dispone che la tutela dell'ambiente debba essere garantita da tutti i soggetti pubblici e privati, persone fisiche e persone giuridiche, attraverso un'azione informata ai principi di precauzione, dell'azione preventiva, della correzione in via prioritaria alla fonte e dal principio “chi inquina paga”.

Tali affermazioni costituiscono il punto di arrivo di una parabola evolutiva già percorsa dalla giurisprudenza amministrativa che, anche nell'assenza di un espresso riferimento normativo sul piano dell'ordinamento interno, aveva fatto applicazione diretta³⁰ dei principi del diritto prima comunitario, oggi euro-unitario.

²⁹ Cfr. R. FERRARA, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in R. FERRARA (a cura di), *La tutela dell'ambiente. Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2006, p. 3: “Un dato preliminare deve essere fortemente affermato: se in molti settori dell'ordinamento il rapporto fra il diritto sopranazionale (internazionale e comunitario), da un lato, e quello interno, dall'altro, tende, per così dire, a modularsi e ad organizzarsi secondo un principio di interscambio e di reciproca, marcata ibridazione (di *cross fertilisation*, pertanto) – quando non addirittura di feconda “concorrenza” – nel campo del diritto ambientale è stato il diritto internazionale a dare l'*incipit*, rappresentando il volano di ogni positiva evoluzione, sia dell'ordinamento comunitario che di quello degli Stati nazionali. Anche sul piano, delicato e sensibile, dei principi ordinatori della materia e, anzi, prima e soprattutto, proprio su questo terreno”.

³⁰ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 06 marzo 2002 n. 1371, in *Foro Amm.* – CDS, 2002, p. 752: “Alle insistenti considerazioni svolte dall'appellante circa la necessità di una tutela preventiva dei beni giuridici di che trattasi ed in ordine alla necessità, confortata dalla normativa comunitaria e dalla legislazione interna, di optare per la tesi della tutela anticipata e strumentale degli interessi collettivi fatti valere come propri dagli enti esponenziali, si deve ribattere che l'anticipazione temporale della tutela collettiva della salute e dell'ambiente, anche in omaggio al principio comunitario della precauzione, non può essere spinto fino al punto di prescindere dalla dimostrazione o

Tra i principi generali di maggior rilievo nella materia si pone il c.d. principio di integrazione, che impone l'inclusione necessaria delle esigenze connesse alla tutela dell'ambiente nella definizione e nell'attuazione delle politiche ed azioni comunitarie, nella prospettiva della promozione dello sviluppo sostenibile. Con il Trattato di Lisbona detto principio è diventato di applicazione generalizzata, nonostante ci siano ancora dubbi sulla portata precettiva, risultano prevalente l'opinione secondo cui l'art. 6 del Trattato avrebbe carattere programmatico rendendo la violazione del principio di precauzione non direttamente giustiziabile.

A livello giurisprudenziale³¹ però il principio ha trovato una sua tutela diretta, ancorchè con esiti non univoci in ragione del necessario contemperamento con altri principi, come quelli di non discriminazione e di proporzionalità.

dalla plausibile allegazione di un pregiudizio ragionevolmente derivante per effetto delle determinazioni impugnate"; T.a.r. Lombardia, Brescia, 11 aprile 2005 n. 304, in *Foro Amm. – TAR*, 2005, 4, p. 966: "Ritiene il Collegio di dover richiamare in materia il principio di precauzione. [...] il principio di precauzione può essere definito come un principio generale del diritto comunitario che fa obbligo alle autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati al fine di prevenire taluni rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente, facendo prevalere le esigenze connesse alla protezione di tali valori sugli interessi economici: infatti, essendo le istituzioni comunitarie e nazionali responsabili - in tutti i loro ambiti d'azione - della tutela della salute, della sicurezza e dell'ambiente, la regola della precauzione può essere considerata come un principio autonomo che discende dalle menzionate disposizioni del Trattato (Corte di Giustizia CE - sentenza 26/11/2002 T-132; Consiglio Stato, sez. VI - 5/12/2002 n. 6657). [...] Applicando tali principi al caso che ci occupa, va osservato che in assenza di certezze assolute su una possibile esondazione del torrente anche a lungo termine l'amministrazione ben può compiere una valutazione che in via assolutamente prudenziale tenda ad eliminare il rischio, non esistendo una soglia di pericolo di un disastro ecologico che possa ritenersi accettabile, neppure in misura minima, a fronte della tutela di un valore fondamentale della persona quale quello della salute umana garantita dall'art. 32 Cost.". In dottrina cfr. R. Ferrara, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, cit., p. 9: «[...] se i principi più generali - quelli dei Trattati [...] - paiono essere il frutto di un processo discendente che parte dal diritto internazionale e giunge via via a toccare il modello giuridico comunitario e quello degli Stati nazionali, i principi applicativi ed operativi (quelli che si collocano, per così dire, sui rami bassi del sistema complessivo delle regolazioni giuridiche) ricevono, molto spesso, una prima e formale materializzazione in uno o più degli ordinamenti interni dei paesi membri dell'Unione europea, per trovare poi definitiva consacrazione nel diritto comunitario derivato, dal quale "rimbalzano" nuovamente negli ordinamenti degli Stati nazionali".

³¹ Si richiama a titolo esemplificativo il caso *Concordia bus finland oy Ab*, occasione in cui è stata riconosciuta la possibilità per le amministrazioni appaltanti di prevedere criteri di aggiudicazione di natura non economica. Cfr., V. PARISIO, *Protezione dell'ambiente, sviluppo sostenibile e controllo giurisdizionale*, in *Riv. giur. urb.*, 2006, 4, pp. 527 ss.; ID., *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo italiano*, in *Nuove aut.*, 2006, pp. 717 ss.; G. CHITI, *Il principio di non discriminazione e il Trattato di Amsterdam*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 2000, p. 851; D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di "spill over" negli ordinamenti nazionali*, in *Nuove aut.*, 2005, p. 541. In giurisprudenza cfr. Corte di Giustizia CE, 17 settembre 2002, causa C-513/99, in *Foro Amm. – CDS*, 2002, p.1936, con nota di M. LOTTINI, *Appalti comunitari: sulla ammissibilità di criteri di aggiudicazione non prettamente economici*. La sentenza, in particolare, recita: "[...] come la Corte ha già affermato, il coordinamento a livello comunitario delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici è diretto ad eliminare gli ostacoli alla libera circolazione dei servizi e delle merci (v., in particolare, precitata sentenza SIAC Construction, punto 32). Tenuto conto di tale obiettivo e alla luce, del pari, dell'art. 130 R, n. 2, primo comma, del Trattato CE, che è stato trasferito dal Trattato di Amsterdam, in una formulazione leggermente modificata, all'art. 6 CE, e che prevede che le esigenze in tema di tutela 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

Il livello nazionale difetta di una specifica previsione di rango costituzionale che imponga il rispetto del principio di integrazione. Possono però individuarsi una serie di istituti del sistema che hanno come presupposto proprio la *ratio* sottesa al principio in esame. Si pensi alla normativa inerente la disciplina della valutazione di impatto ambientale, alla legge generale sul procedimento amministrativo che impedisce di trascurare esigenze di carattere ambientale all'art. 83 d.lgs. 163/2006³², all'art. 3-quater, comma 2, d.lgs. n. 152/2006³³, fin all'art. 34 d.lgs. 50/2016 che prescrive l'inserimento di criteri ambientali minimi all'intero delle procedure per l'affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture.

In posizione centrale si pongono inoltre i principi di prevenzione e di precauzione, presidi della tutela delle risorse naturali in presenza di rischi per la loro conservazione.

Mentre il principio di prevenzione³⁴ impone l'adozione di norme e provvedimenti idonei ad impedire che per la presenza di rischi le attività umane possano causare danni irreversibili all'ambiente, il principio di precauzione³⁵ interviene laddove i rischi connessi all'esercizio delle attività umane non siano conosciuti né conoscibili, ma soltanto presumibili.

aggiudicatrice di avvalersi dei criteri relativi alla tutela dell'ambiente in sede di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa”.

³² Art. 83 D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*, in *G.U.* 2 maggio 2006 n. 100 : “Quando il contratto è affidato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il bando di gara stabilisce i criteri di valutazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, quali, a titolo esemplificativo: [...] e) le caratteristiche ambientali e il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto”.

³³ Secondo 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”.

³⁴ Cfr. P. DELL'ANNO, *Prevenzione dall'inquinamento ambientale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1986, pp. 206 ss., nel richiamo fatto da A. CROSETTI, *I controlli ambientali: natura, funzioni, rilevanza*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2007, p. 954, secondo cui si può distinguere “una prevenzione negativa caratterizzata dalla predisposizione di misure tese a impedire o evitare gli effetti lesivi o tali da provocare danni e mettere a repentaglio beni giuridici meritevoli di tutela; una prevenzione positiva finalizzata all'adozione di misure precauzionali tese a limitare, contenere, escludere il verificarsi di eventi lesivi; una prevenzione-previsione, volta a prefigurare gli effetti lesivi di eventi probabili di origine naturale o derivanti da attività umane allo scopo di adottare le misure necessarie; una prevenzione-protezione caratterizzata da una vasta gamma di speciali cautele di presidio ambientale e/o sanitario finalizzate a limitare la gravità e l'intensità degli eventi ovvero a circoscriverne la diffusione”. Cfr. anche A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2005; R. FERRARA, *La protezione dell'ambiente e il procedimento amministrativo nella “società del rischio”*, in *Dir. e Soc.*, 2006, 4, pp. 508 ss..

³⁵ Riguardo al principio di precauzione, cfr. in generale L. BUTTI (a cura di), *The precautionary principle in environmental law*, Milano, 2007; ID., *Principio di precauzione, Codice dell'ambiente e giurisprudenza delle Corti comunitarie e della Corte costituzionale*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2006, 6, pp. 809 ss.; M. SOLLINI, *Il principio di precauzione nella disciplina comunitaria della sicurezza alimentare*, Milano, 2006; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, cit.; E. SESSA, *Profili evolutivi del principio di precauzione alla luce della prassi giudiziaria della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2005, pp. 635 ss.; G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in *Dir. Pubbl.*, 2004, pp. 1075 ss.; S. GRASSI, *Prime considerazioni sul “principio di precauzione” come norma di diritto positivo*, in *Diritto e gestione dell'ambiente*, 2001, pp. 37 ss..

La formulazione specifica³⁶ del principio si collega alla Dichiarazione di Rio de Janeiro del 1992, ma va sottolineato come lo stesso fosse già riconosciuto nella Carta mondiale della natura adottata nel 1982 dall'assemblea generale delle Nazioni Unite e nell'art. 130 R del Trattato CE.

A livello nazionale, la formalizzazione normativa del principio è stata dapprima contenuta nell'art. 178, comma 3, del d.lgs. 152/2006 (gestione dei rifiuti) e dagli artt. 301 ss. in relazione alla tutela risarcitoria del danno ambientale.

Il d.lgs. 4/2008 ha poi introdotto, nel corpo del Codice dell'ambiente (d.lgs. 152/2006), la previsione generale di cui all'art. 3-ter che espressamente informa l'azione di tutti i soggetti ai principi di precauzione e dell'azione preventiva³⁷.

In ragione della portata generale del principio sembra opportuna una riflessione sul suo contenuto e sulle sue concrete modalità applicative.

Come evidenziato dalla Commissione Ue in una sua comunicazione³⁸, la prima fase applicativa deve consistere in una parentesi istruttoria in cui valutare i possibili fattori di rischio che potrebbero giustificare l'adozione di misure a carattere precauzionale, con la

³⁶ «al fine di proteggere l'ambiente, un approccio cautelativo dovrebbe essere ampiamente utilizzato dagli Stati in funzione delle proprie capacità. In caso di rischio di danno grave o irreversibile, l'assenza di una piena certezza scientifica non deve costituire un motivo per differire l'adozione di misure adeguate ed effettive, anche in rapporto ai costi, dirette a prevenire il degrado ambientale»

³⁷ Sull'introduzione del principio in parola, si veda anche il parere del Consiglio di Stato, Sez. consultiva atti normativi, 5 novembre 2007 n. 3838, in *Foro amm. – CDS*, 2007, 11, p. 3225: “L'articolo 3-ter inserisce nel nostro ordinamento i tre principi posti a base della gestione dell'ambiente, ossia il principio della prevenzione e della correzione alla fonte dei danni causati all'ambiente; il principio “*chi inquina paga*”; il principio precauzionale. L'inserimento è quanto mai opportuno, dato che nella nostra Costituzione mancano disposizioni di carattere sostanziale in materia ambientale, al contrario di altre Costituzioni europee più recenti, come quella greca, portoghese e spagnola. L'articolo 45 di quest'ultima, ad esempio, esprime le due concezioni del diritto all'ambiente, ossia quella che lo concepisce come un diritto soggettivo e quella che invece lo concepisce come un dovere per i pubblici poteri di tutela e valorizzazione dell'ambiente. L'opportunità dell'inserimento va ravvisata anche nel fatto che le relative norme del Trattato Europeo non hanno efficacia vincolante per i legislatori degli Stati membri. Pertanto era necessaria la traduzione dei principi comunitari in atti legislativi aventi una maggiore forza vincolante, non essendo più sufficiente il pur creativo ruolo svolto dalla nostra Corte costituzionale, che, alla luce dei principi comunitari, ha saputo interpretare in chiave “*ambientalistica*” molte norme della nostra Costituzione. In effetti l'unico modo affinché i principi comunitari penetrassero nell'azione concreta delle amministrazioni pubbliche era dato dal nuovo articolo 1, commi 1 e 1-ter, della legge n. 241 del 1990. Ma esso aveva comunque un'efficacia parziale, dato che non era applicabile nei confronti dei soggetti privati”.

³⁸ Comunicazione della Commissione CE sul principio di precauzione (COM/2001/0001 def.), in <http://eur-lex.europa.eu>. La Commissione, nel documento di cui trattasi, conferma anzitutto l'assunto sopra delineato, laddove sostiene che “anche se nel Trattato il principio di precauzione viene menzionato esplicitamente solo nel settore dell'ambiente, il suo campo d'applicazione è molto più vasto. Esso comprende quelle specifiche circostanze in cui le prove scientifiche sono insufficienti, non conclusive o incerte e vi sono indicazioni, ricavate da una preliminare valutazione scientifica obiettiva, che esistono ragionevoli motivi di temere che gli effetti potenzialmente pericolosi sull'ambiente e sulla salute umana, animale o vegetale possono essere incompatibili con il livello di protezione prescelto”.

specificazione secondo cui il principio di precauzione non può mai legittimare decisioni arbitrarie, con necessità, dunque, di valutazioni fondate su basi scientifiche.³⁹ Nella fase successiva, la pubblica autorità preposta alla cura dell'interesse pubblico dovrà emettere una decisione, articolata in una prima deliberazione sull'*an* ed una conseguente sul *quomodo*.

Nel caso in cui l'opzione selezionata dal soggetto pubblico sia nel senso di attivare il principio di precauzione, e quindi di provvedere in via normativa o amministrativa⁴⁰, si renderà necessario che la misura precauzionale non si ponga in contrasto con ulteriori principi generali, con particolare riferimento a quelli di coerenza, non discriminazione e proporzionalità.

Proseguendo nell'esame dei principi generali della materia, tra quelli sempre di derivazione internazionale si individua il principio dello sviluppo sostenibile, che in via sintetica impone al soggetto pubblico il contemperamento tra sviluppo economico e protezione ambientale⁴¹.

La prima tappa della sua affermazione risale alla Dichiarazione di Stoccolma sull'ambiente umano del 1972, il cui documento finale evidenzia la necessità di coniugare sviluppo

³⁹ Non è dunque sufficiente, così come confermato anche dalla Corte di Giustizia in successive pronunce, una valutazione del pericolo fondata su considerazioni puramente ipotetiche o su semplici supposizioni; "una misura preventiva può essere adottata esclusivamente qualora il rischio, senza che la sua esistenza e la sua portata siano state dimostrate pienamente da dati scientifici concludenti, appaia nondimeno sufficientemente documentato sulla base dei dati scientifici disponibili al momento dell'adozione di tale misura". Cfr. Tribunale di I grado CE, 11 settembre 2002, causa T-13/99, *Pfizer Animal Health*, in *Racc.*, II- 3305. Si veda, d'altra parte, il già citato art. 301 d.lgs. n. 152 del 2006, laddove si dispone che l'applicazione del principio di precauzione concerne il rischio che comunque possa essere individuato «a seguito di una preliminare valutazione scientifica obiettiva». Si legga altresì P. KOURILSKY, G. VINEY, *Le principe de précaution. Rapport au Premier Ministre*, 1999, nel richiamo di P.A. LEME MACHADO, *Il principio di precauzione e la valutazione dei rischi*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2007, 5, p. 891: "Questa tappa è essenziale per la razionalizzazione dei rischi, servendo essa a distinguere il rischio potenziale dai fantasmi o da ingiustificate apprensioni. Essa impone di non accontentarsi di vaghe congetture, che sono notoriamente proprie dell'attitudine alla rinuncia. Richiede la realizzazione di perizie spesso lunghe e costose".

⁴⁰ Sul principio di proporzionalità cfr. V. PARISIO, *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo italiano*, cit.; per l'applicazione del principio nel settore ambientale, cfr. M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela ambientale*, cit., p. 273: "il canone della proporzionalità invita a considerare, a seconda dei casi, opportunità meno restrittive per gli scambi come, ad esempio, la trasmissione di istruzioni alle popolazioni a rischio, mezzi capaci di ridurre la loro esposizione, il potenziamento dei controlli, l'applicazione dei limiti e divieti parziali, anziché totali, magari accompagnati dal finanziamento di programmi di ricerca, la sostituzione di singoli prodotti o procedimenti con alternative egualmente funzionali ma meno sospette".

⁴¹ Cfr. International Court of Justice, 25 settembre 1997, *Ungheria c. Slovacchia, Gabčíkovo- Nagymaros*, in *I.C.J. reports*, 1997, pp. 7 ss.. Per una prima panoramica sul principio di cui trattasi, cfr. nella dottrina italiana R. FERRARA, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, cit.; F. La Camera, *Sviluppo sostenibile. Origini, teoria e pratica*, Roma, 2005; A. LANZA, *Lo sviluppo sostenibile*, Bologna, 2002; E. RONCHI, *Uno sviluppo capace di futuro. Le nuove politiche ambientali*, Bologna, 2000; G. Serafini, *Economia della sostenibilità*, in A. SIRIANNI (a cura di), *Gestire l'ambiente*, Milano, 1999; F. SALVIA, *Ambiente e sviluppo sostenibile*, in *Riv. Giur. Amb.*, 1998, pp. 235 ss.. Per la dottrina straniera cfr. M.C. CORDONIER SEGGER, A. KHALFAN, *Sustainable development law. Principles, practices and prospects*, Oxford, 2006; D. French, *International law and policy of sustainable development*, Manchester, 2005; G. WALKER, *Dal pensare globale all'agire locale. Il diritto internazionale e la sua influenza sul diritto ambientale*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2002, pp. 913 ss..

dell'economia e protezione dell'ambiente in una prospettiva che coinvolga l'intera società delle nazioni.

Fase successiva fu l'istituzione della *World Commission on Environment and Development*, i cui lavori esitarono nel c.d. Rapporto Brundtland del 1987, ma la consacrazione definitiva del principio si attribuisce alla Dichiarazione di Rio del 1992 nella cui occasione con la c.d. Agenda 21 si identificarono gli obiettivi del programma d'azione relativo alle politiche economiche ed ambientali del XXI secolo⁴².

Sulla natura giuridica del principio in esame, da alcuni viene qualificato come norma di diritto internazionale consuetudinario, da altri la vincolatività dello stesso si ricollega al recepimento in fonti normative vincolanti.

A livello europeo, il Trattato di Amsterdam del 1997 introduce il riferimento allo sviluppo sostenibile, da ultimo recepito anche nel Trattato di Lisbona⁴³.

⁴² Cfr. M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, cit., nel richiamo a A. Federico, *Alcune note sullo sviluppo sostenibile*, cit.: "L'agenda 21 è il più vasto programma d'azione sinora avutosi nella storia della comunità internazionale; esso identifica gli obiettivi dello sviluppo sostenibile, invitando tutti i governi a realizzarlo secondo le rispettive capacità e nel rispetto dei principi della Dichiarazione di Rio. Il principio dello sviluppo sostenibile viene tradotto in pratica in numerose aree di programma, che spaziano dall'atmosfera ai suoli, dai monti alle acque del pianeta, e in numerosi altri campi. Quattro grandi sezioni inquadrano in complesso 40 capitoli particolari, ognuno dedicato ad un insieme di programmi e iniziative o alla trattazione di un problema intersettoriale. L'Agenda indica le linee direttrici per uno sviluppo sostenibile, affrontando, oltre alle tematiche specifiche (atmosfera, energia, suoli, foreste, desertificazione, ecc.), anche quelle generali (demografia, povertà, fame, risorse idriche, modelli di consumo, ecc.) ed intersettoriali (risorse finanziarie, cooperazione scientifica e tecnologica, sensibilizzazione ed educazione ambientale, informazione e formazione, ecc.); di ogni area di programma sono identificati le basi d'azione, gli obiettivi da perseguire, le attività da realizzare e gli strumenti di attuazione. Si tratta, tuttavia, di un documento di tipo etico-politico, privo pertanto di obblighi giuridici, di priorità di attuazione, e di impegni precisi in tema di strumenti, specie finanziari e tecnologici, per la realizzazione".

⁴³ Cfr. art. 1 Trattato 13 dicembre 2007, *che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea*, a mente del quale: «Il trattato sull'Unione europea è modificato in base alle disposizioni del presente articolo. [...]

L'articolo 2 è sostituito dal seguente: "1. L'Unione si prefigge di promuovere la pace, i suoi valori e il benessere dei suoi popoli. [...] 3. L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico. [...] 5. Nelle relazioni con il resto del mondo l'Unione afferma e promuove i suoi valori e interessi, contribuendo alla protezione dei suoi cittadini. Contribuisce alla pace, alla sicurezza, allo sviluppo sostenibile della Terra, alla solidarietà e al rispetto reciproco tra i popoli, al commercio libero ed equo, all'eliminazione della povertà e alla tutela dei diritti umani, in particolare dei diritti del minore, e alla rigorosa osservanza e allo sviluppo del diritto internazionale, in particolare al rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite". [...]

Sono inseriti il nuovo capo 1 ed i nuovi articoli 10 A e 10 B seguenti. "Capo I. Disposizioni generali sull'azione esterna dell'Unione. Art. 10 A [...] 2. L'Unione definisce e attua politiche comuni e azioni e opera per assicurare un elevato livello di cooperazione in tutti i settori delle relazioni internazionali al fine di: [...] d) favorire lo sviluppo sostenibile dei paesi in via di sviluppo sul piano economico, sociale e ambientale, con l'obiettivo primo di eliminare la povertà; [...] f) contribuire all'elaborazione di misure internazionali volte a preservare e migliorare la qualità dell'ambiente e la gestione sostenibile delle risorse naturali mondiali, al fine di assicurare lo sviluppo sostenibile"».

Sul piano interno, secondo alcune ricostruzioni il principio dello sviluppo sostenibile sarebbe estrapolabile dal combinato degli artt. 2, 9 e 32 Cost. oltre che dagli artt. 41 e 42 Cost.⁴⁴.

L'equità rappresenta il parametro secondo cui perseguire uno sviluppo sostenibile. Il principio di equità, infatti, deve presiedere alla ripartizione dei benefici generati dall'utilizzo delle risorse naturali, così come alla giusta distribuzione delle responsabilità collegate al loro sfruttamento⁴⁵ sia nella prospettiva intra-generazionale quanto in quella inter-generazionale.

E' così possibile distinguere una prospettiva orizzontale da una di tipo verticale. Secondo la prima, il principio dello sviluppo sostenibile rappresenterebbe una garanzia delle generazioni attualmente esistenti che concorrono alla fruizione delle medesime risorse e che non devono essere pregiudicate sia sotto il profilo quantitativo che sotto quello qualitativo. Nella sua dimensione verticale, invece, il concetto governerebbe la fase della trasmissione alle future generazioni di un patrimonio ambientale non alterato *in pejus*.

A conclusione dell'esame dei principi generali che governano la materia, preme sottolineare l'elemento costante che li caratterizza: il dato costante rappresentato dal valore non assoluto di

⁴⁴ Cfr. V. PEPE, *Lo sviluppo sostenibile tra governo dell'economia e profili costituzionali*, in R. FERRARA, P.M. VIPIANA (a cura di), *I "nuovi diritti" nello stato sociale in trasformazione*, cit., 287. 179 Cfr. V. PEPE, *Lo sviluppo sostenibile tra governo dell'economia e profili costituzionali*, cit., p. 257; G. CORDINI, *Diritto ambientale comparato*, Padova, 1997, p. 35. Sul punto, d'altra parte, si rilevano anche opinioni secondo le quali si tratta di un concetto ampiamente discusso e criticato per la sua genericità ed ambiguità, a tal punto da essere spesso definito una contraddizione in termini o una scatola vuota, anche se si osserva che il termine sostenibile è opportunamente impreciso. D'altronde, che questa formula susciti perplessità anche ai più alti livelli è fuori discussione se è vero che, in un discorso tenuto nel febbraio 1998, lo stesso Commissario europeo all'ambiente ebbe a definire lo sviluppo sostenibile come una "espressione gergale che ricomprende tutto": cfr. R. VIVENZIO, *Mercato e ambiente nel contesto della rivoluzione amministrativa italiana*, in T.A.R., 1999, II, p. 450.

⁴⁵ Cfr. S. SALARDI, *Il diritto internazionale in materia di sviluppo sostenibile*, cit., 667, ove si evidenzia che tra i contenuti della dichiarazione di Nuova Delhi vi è anche la ricomprensione, tra i principi di diritto internazionale, proprio del principio di equità. Cfr. anche G. BOTTINO, *Equità e discrezionalità amministrativa*, Milano, 2004. Cfr. *Dichiarazione di Rio sull'ambiente e lo sviluppo*, Principio n. 2: "Conformemente alla Carta delle Nazioni Unite ed ai principi del diritto internazionale, gli Stati hanno il diritto sovrano di sfruttare le proprie risorse secondo le loro politiche ambientali e di sviluppo, ed hanno il dovere di assicurare che le attività sottoposte alla loro giurisdizione o al loro controllo non causino danni all'ambiente di altri stati o di zone situate oltre i limiti della giurisdizione nazionale". Cfr. Principio n. 7: "Gli Stati coopereranno in uno spirito di partnership globale per conservare, tutelare e ripristinare la salute e l'integrità dell'ecosistema terrestre. In considerazione del differente contributo al degrado ambientale globale, gli Stati hanno responsabilità comuni ma differenziate. I paesi sviluppati riconoscono la responsabilità che incombe loro nel perseguimento internazionale dello sviluppo sostenibile date le pressioni che le loro società esercitano sull'ambiente globale e le tecnologie e risorse finanziarie di cui dispongono". Si vedano, in proposito, G.C. GARAGUSO, S. MARCHISIO, *Vertice per la terra*, Milano, 1993, pp. 29 ss.; G. BOLOGNA, *I contenuti della sostenibilità*, in *Edizione ambientale*, 1, 1996, pp. 7 ss.. Si veda altresì V. PEPE, *Lo sviluppo sostenibile tra governo dell'economia e profili costituzionali*, cit., p. 259, secondo il quale "L'idea di responsabilità comuni ma differenziate appare abbastanza equilibrata e rappresenta il fulcro del concetto di sviluppo sostenibile, anche se ciò comporta maggiori doveri per gli stati industrializzati [...] Una significativa applicazione di questo principio è data dalla Convenzione sui cambiamenti climatici, ove è disciplinato un doppio regime giuridico, il primo per il Paesi sviluppati (Paesi dell'OCSE e Paesi dell'Europa centrale e orientale ad economia in transizione) ed il secondo per tutti i Paesi in via di sviluppo".

detti principi, ciascuno dei quali va sempre bilanciato con il nucleo di diversi, e spesso antagonisti, principi equi-ordinati che rilevano nelle fattispecie concrete.

Ciò sembra offrire una conferma dell'impostazione ermeneutica qui accolta, secondo cui, nonostante la forza espansiva progressivamente assunta dal valore dell'ambiente, questo non possa automaticamente postulare una tutela che non tenga conto anche di ulteriori interessi e valori costituzionalmente rilevanti, come nel microsistema degli appalti in cui si impone altresì la protezione delle istanze pro-concorrenziali e di non discriminazione.

3. Il carattere multilivello della tutela dell'ambiente.

Nonostante lo sviluppo del tema si sia delineato in modo organico soltanto in tempi recenti, la sensibilità di taluni sistemi giuridici e di alcuni studiosi è tuttavia risalente.

Già nel diritto romano⁴⁶, infatti, non mancarono specifiche discipline relative alla regolazione delle acque e dei rifiuti, che si svilupparono, ieri come oggi, prima in via giurisprudenziale, per poi assumere rilevanza sul piano del diritto positivo.

Ciononostante, l'ambiente acquista la sua dignità di categoria giuridica solo negli anni Settanta⁴⁷ e finisce per accrescere progressivamente la sua forza espansiva, assumendo una

⁴⁶ Sulla rilevanza del tema dell'ambiente all'interno del diritto romano si registrano non poche affinità rispetto al percorso evolutivo che ne ha caratterizzato l'emersione nel nostro ordinamento. L'affermazione originaria si è registrata dapprima a livello giurisprudenziale: nel diritto romano, da un lato, i tradizionali strumenti di tutela offerti dallo ius civile si sono dimostrati insufficienti, o quasi, ad una protezione piena ed effettiva dell'ambiente. Da qui l'esigenza dell'intervento del *praetor peregrinus* ad integrare, se non a costituire, attraverso lo *ius honorarium* la rigidità delle *actiones in rem* ed *in personam* dello *ius civile*. Dall'altro lato, si riscontra nell'attuale ordinamento un percorso simile: una prima affermazione del problema sul piano giurisprudenziale attraverso il difficile adattamento delle tradizionali tecniche di tutela offerte dal codice civile e dal codice di procedura civile, ed un successivo intervento del legislatore che plasma specifici strumenti di tutela rispondenti ai peculiari caratteri strutturali e funzionali del bene ambiente: tra i vari esempi, emerge il merito della giurisprudenza della Corte dei Conti nel considerare, in tema di danno ambientale, l'ambiente quale bene unitario ed immateriale destinato a beneficio della collettività e la cui lesione determina un danno pubblico alla stessa (*ex plurimis*: Corte dei Conti, sez. I, 15 maggio 1973, n. 39, in *Foro amm.*, 1973, I, 3, 247). Per un'ampia trattazione si rinvia a: A. DI PORTO, *La tutela della "salubritas" fra editto e giurisprudenza. Il ruolo di Labeone*, Milano, 1990; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 2015; V. ARANGIO RUIZ, *Storia del diritto romano*, Napoli, 1984; V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1984; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1991.

⁴⁷ Il riconoscimento formale si individua nella "Dichiarazione delle Nazioni Unite sull'ambiente umano" in occasione della conferenza di Stoccolma del 1972. Sul piano interno, l'evoluzione normativa inizia con la legge 10 maggio 1976, n. 319 in materia di tutela delle acque dall'inquinamento per proseguire con il d.lg. 10 settembre 1982, n. 915 relativo ai rifiuti tossici. In ambito europeo l'attenzione per la tutela del bene ambiente si riscontra già nel 1972 nella Convenzione di Parigi sulla difesa del patrimonio culturale e naturale ove la degradazione e la sparizione di un bene culturale o naturale veniva considerata un impoverimento del patrimonio mondiale. Forse non per un accidente, le carte costituzionali che fanno espresso riferimento all'ambiente sono state redatte posteriormente agli anni Settanta. Classici sono i riferimenti alla Costituzione greca che all'art. 24 configura come un dovere pubblico la protezione dell'ambiente naturale e culturale; nello stesso senso l'art. 45 della Costituzione spagnola, l'art. 9 della Costituzione portoghese, l'art. 20A della Legge fondamentale tedesca e l'art. 117 della Costituzione italiana: sui profili di diritto comparato cfr. G. CORDINI, *Diritto ambientale comparato*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, a cura di P. DELL'ANNO E E. PICOZZA, Padova, I, 2012, p. 101.

Sul dilemma definitorio della nozione di ambiente e sull'impostazione del dibattito giuridico sul punto, in un saggio del 1973 di M.S. GIANNINI (*Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, p. 15) negava rilievo giuridico autonomo alla nozione di ambiente assimilandolo: a) al valore paesaggistico e all'interesse storico e culturale; b) all'aspetto ecologico; c) alla generale disciplina dell'assetto del territorio sotto il profilo urbanistico. In nessuna trattazione successiva si prescinde dal confronto con la tripartizione sostenuta da M.S. GIANNINI. Con questa tesi, infatti, si sono confrontati tutti i tentativi di ricostruzione unitaria dell'ambiente, sia quelli che hanno avuto come parametro di riferimento il dato normativo (per esempio la legge 8 luglio 1986, n. 349 istitutiva del Ministero dell'ambiente oppure la legge 22 febbraio 1994, n. 146 che conteneva la disciplina originaria della VIA), tanto quelli che hanno assunto a paradigma per lo sviluppo delle proprie ricostruzioni altre scienze, quali l'ecologia. Secondo un autore, infatti, la tutela dell'ambiente perseguirebbe la

rilevanza funzionale a più livelli: a livello politico-legislativo ed a livello dogmatico-interpretativo.

Relativamente al primo profilo, l'ambiente come bene giuridico a carattere primario ha una rilevanza immediata o mediata in tutte, o quasi, le discipline legislative, in ragione del suo connotato di trasversalità, sì da rendere necessario un costante esame da parte del legislatore delle potenziali ricadute sull'ambiente delle singole leggi di settore.

Quanto al secondo profilo, quello dogmatico-interpretativo, la valorizzazione della tutela ambientale non può essere ignorata neanche a livello di interpretazione delle singole prescrizioni legislative, sia da parte della pubblica amministrazione che con l'atto amministrativo attua la legge nella funzione di cura dell'interesse pubblico affidatole, sia da parte degli organi giurisdizionali.

Nell'azione della pubblica amministrazione, si dovranno considerare le distinte fasi in cui la stessa può rendere ecologicamente orientate le proprie procedure contrattuali, dovendosi distinguere, in ragione della loro differenza ontologica e cronologica, tra determinazione dell'oggetto del contratto con le connesse specifiche tecniche, requisiti di selezione dei candidati e criteri di valutazione dell'offerta. La latitudine della discrezionalità amministrativa diminuirà progressivamente nella successione delle fasi appena richiamate, con importanti ricadute sul piano del controllo giurisdizionale da parte del giudice amministrativo.

Il giudice amministrativo, infatti, nell'ambito della sua giurisdizione, non potrà non tener conto del valore dell'ambiente nell'opera di bilanciamento di opposti interessi, ma l'intensità del suo sindacato sarà differente a seconda del *thema decidendum* (predisposizione del bando, specifiche tecniche, requisiti di selezione e criteri di attribuzione del punteggio dell'offerta).

conservazione dell'equilibrio ecologico della biosfera o dei singoli sistemi di riferimento (B. CARAVITA DI TORITTO, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2005, p. 30).

Sempre in dottrina, aveva precedentemente qualificato l'ambiente quale bene giuridico A. Predieri, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in AA.VV., *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazioni*, Milano, 1968. Sulla nozione di ambiente si rinvia anche a A. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, II, p. 760, secondo cui una nuova categoria di bene pubblico sembra essere quella di ambiente che l'art. 18 della legge 8 luglio 1986, n. 349 vieta di compromettere, danneggiare, deteriorare e distruggere in tutto o in parte, obbligando l'autore del danno al risarcimento nei confronti dello Stato. Tale bene è comprensivo del patrimonio naturale nazionale, del territorio nazionale nel suo complesso e delle parti geografiche che lo compongono. Nello stesso senso cfr. M. LIBERTINI, *La nuova disciplina del danno ambientale e i problemi generali del diritto dell'ambiente*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 547,

Dall'altro lato, il giudice ordinario, attraverso l'incidenza diretta⁴⁸ ed immediata di valori costituzionalmente rilevanti⁴⁹, sembra possa persino arrivare ad integrare il regolamento di interessi, espressione di autonomia negoziale, dei soggetti privati.

⁴⁸ Nel diritto dell'Ottocento il tema delle clausole generali ed il relativo studio era pressoché inesistente. Al tempo vigeva il principio del positivismo giuridico, per cui tutto doveva essere disciplinato dal legislatore ed il sistema giuridico era immaginato come chiuso in se stesso (si veda come esempio il codice prussiano). Si capì presto come un meccanismo così strutturato non avrebbe potuto sopravvivere alle innumerevoli ed inarrestabili dinamiche della società. Le clausole generali, ancorché esistenti, erano concepite come delle eccezioni. In tutti gli ordinamenti giuridici, di ogni tempo, le clausole generali sembrano irrinunciabili: si parla di organi respiratori, così come di valvole di sfogo dell'ordinamento. L'irruzione nel sistema delle fonti della Costituzione con i suoi principi generali ha posto il problema del ruolo da riconoscere a questi ultimi ed alle clausole generali. Si è aperto il problema dell'interventismo del giudice, quasi inimmaginabile per il positivismo che lo considerava mero applicatore della legge. Il problema di oggi riguarda l'incisione dei principi costituzionali nel contratto e, facendo applicazione di questi, della modificabilità del contenuto del contratto da parte del giudice. Problema che appare tutto civilistico, ma, a ben vedere, sembra interessare anche il diritto amministrativo, che è sempre più privatizzato (fenomeno della c.d. contrattualizzazione del diritto amministrativo).

Nella letteratura giuridica non esistono chiare definizioni di clausole generali, a volte sono distinte dai principi, in altri casi sono a questi assimilate. I principi generali (cfr. art 12 preleggi) hanno di regola la funzione di colmare le lacune dell'ordinamento giuridico. Essi forniscono al giudice un supporto per regolare determinate fattispecie lacunose, ma l'art. 12 preleggi rappresenta un riferimento normativo che non riferisce cosa sono ma come possono essere utilizzati.

Storicamente i principi servono a fissare delle barriere al legislatore, essi rappresentano dei programmi e di regola la loro caratteristica strutturale è rappresentata dalla genericità. La Costituzione enuncia i principi, ma non ne risolve i loro possibili conflitti; sarà il legislatore o il giudice a contemperarli, dando prevalenza a seconda dei singoli casi concreti ad uno piuttosto che ad un altro. Proprio in ragione del loro carattere generale, essendo richiesta la mediazione del legislatore o del giudice, qualcuno dubita della possibilità che i principi generali della Costituzione possano essere applicati direttamente nel contratto. Secondo qualcuno dovrebbe essere il legislatore ad intervenire in via mediata e poi il giudice applicherà la legge; consentire al giudice di fare applicazione diretta dei principi porrebbe l'attribuzione in capo a quest'ultimo di un potere molto esteso (c.d. giudice-legislatore), in quanto sarebbe in via definitiva lui a selezionare e contemperare i principi. Il dibattito generale circa il valore immediatamente precettivo o programmatico dei principi rimane sempre aperto (sui principi, si veda M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e principi generali*, in Id., a cura di, *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, 2010, p. 67): in questo settore essi si rivolgono in particolare ai pubblici poteri, per conformarne l'azione (P. DELL'ANNO, *Ambiente (dir. amm.)*, in P. DELL'ANNO-E. PICOZZA, a cura di, *Trattato di diritto dell'ambiente*, I, Padova, 2012, ma più in generale Id., *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Milano, 2004. Per la ricostruzione del dibattito in diritto civile si rinvia a: M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, Torino, 2017; P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2011. A. GUIDO, *I principi generali*, Milano, 1993; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2003; M. C. BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile*, Vol. III, Milano, 2000; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015; N. Lipari, *Diritto civile*, Milano, 2009. In giurisprudenza si rinvia ai temi della riducibilità della clausola penale manifestamente eccessiva (Cass., Sez. Un. n. 18128/2005), della caparra confirmatoria eccessiva (Cort. cost. n. 248/2013 e Cort. cost. 77/2014) e dell'ipoteca non proporzionata al credito da garantire (Cass. n. 6533/2016).

⁴⁹ Sul fondamento costituzionale dell'ambiente, prima della legge costituzionale del 18 ottobre 2001, n. 3 che ha modificato il Titolo V, Parte II della Costituzione, la tendenza della dottrina e della giurisprudenza era quella enucleare il principio della tutela ambientale a partire dagli art. 9 e 32 Cost. (in questo senso tra i vari autori cfr. A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*, vol. II, Firenze, 1969, pp. 381 ss). Anche la Corte costituzionale ha spesso esteso il riferimento al paesaggio, includendovi le bellezze naturali (Cort. cost. del 24 luglio 1972, n. 141), il valore culturale (Cort. cost. del 29 dicembre 1982, n. 239) ed ogni elemento naturale ed umano attinente alla forma esteriore del territorio (Cort. cost. del 3 marzo 1986, n. 39). Attraverso tali coordinate ermeneutiche, l'impostazione originaria ha conferito, attraverso la riconduzione dell'ambiente al paesaggio, una tutela molto ampia, assurgendo l'ambiente a principio fondamentale di rango costituzionale.

Altro riferimento costituzionale è quello di cui all'art. 32 Cost., che tutela la salute, qualificabile come diritto dell'individuo ed interesse della collettività (in questo senso Cort. cost. del 28 maggio 1987, n. 210 e Cort. cost. del 30 febbraio 1987, n. 641; Cass., Sez. Un del 9 marzo 1979, n. 1463 e Cass., Sez. Un del 6 ottobre 1979, n. 5172). Così si è postulato l'esistenza di un diritto alla salubrità degli ambienti di lavoro, incomprimibile dall'esercizio di poteri autoritativi anche a carattere discrezionale (cfr. F. GIAMPIETRO, *Diritto alla salubrità dell'ambiente*, Milano, 1989).

Anche in assenza di una chiara indicazione testuale, la giurisprudenza ha comunque ricostruito la tutela dell'ambiente, definendone contorni e confini.

La Corte dei conti aveva costruito l'ambiente come "bene pubblico", per esercitare la giurisdizione in materia di "danno ambientale", da intendere come danno all'erario (a partire dalla sentenza sul Parco Nazionale d'Abruzzo, Corte dei Conti, sez. I, del 15 maggio 1973, n. 39 poi confermata da Cass., Sez. Un. del 20 dicembre 1975, n. 108). Da un altro versante, la Cassazione aveva configurato un diritto ad un "ambiente salubre", riconosciuto sia al singolo che alla comunità, ritenendolo un diritto fondamentale (Cass., Sez. Un. dell'8 maggio 1978, n. 2207; Cass., Sez. Un del 9 marzo 1979, n. 1463; Cass., Sez. Un. del 6 ottobre 1979, n. 5172; in dottrina cfr. S. PATTI *Ambiente (tutela dell') nel diritto civile*, in *Dig. civ.*, I, Torino, 1987, p. 285). Ovviamente queste ricostruzioni sono state funzionali al fornire tutela, pubblicistica e privatistica, per i danni all'ambiente.

Lo stesso problema si è posto anche innanzi alla Corte costituzionale, sebbene risulti difficile capire quando si sia iniziato a fare riferimento all'ambiente, perché quest'ultimo, in virtù del dettato costituzionale, è stato declinato secondo il riferimento al paesaggio o alla salute, fin quando non si è fatto largo tra i due.

La Corte aveva menzionato l'ambiente già nel 1971, sebbene riconducendo la disciplina relativa alla limitazione della proprietà al paesaggio (a tutela dei beni di valore scientifico ed interesse storico, etnografico, turistico, la cui conservazione sia di interesse fondamentale per il complesso sociale al quale appartengono Cort. cost. del 26 aprile 1971, n. 79).

Un primo momento di svolta si è avuto con il trasferimento delle funzioni amministrative alle Regioni a statuto ordinario (d.P.R. 15 gennaio 1972, n. 11), in cui questo nuovo concetto di ambiente è stato messo alla prova.

In relazione alla sistemazione idrogeologica, la conservazione del suolo, la protezione della natura (Cort. cost. del 24 luglio 1972, n. 142, Cort. cost. del 12 novembre 1974, n. 257 e Cort. cost. del 12 maggio 1977, n. 72), la Corte ha così avuto occasione di precisare che una politica ecologica non può venire adeguatamente realizzata se non sulla base di una "visione unitaria", e con strumenti i cui effetti siano estesi a tutto lo Stato: l' "interesse nazionale" giustifica così la sottrazione all'autonomia regionale legislativa-amministrativa, ma sono fatti salvi gli interventi regionali non contrastanti, a tutela di quella parte dell'ambiente più strettamente connessa ai propri interessi (agricoltura e foreste); non è considerata contraddittoria la scelta del legislatore di prevedere l'audizione delle Regioni, e in caso di intreccio con materie regionali (agricoltura, urbanistica), sono da invocare "forme di collaborazione" (Cort. cost. del 14 luglio 1976, n. 175 e Cort. cost. del 4 luglio 1974, n. 203). Pur con tutti i distinguo, a questo approccio, dotato di profonda razionalità, in quanto dettato dal livello e dall'importanza dell'interesse, la Corte è rimasta saldamente legata anche in seguito. Negli anni successivi la giurisprudenza ha poi intensificato i riferimenti all'ambiente (sulla caccia, Cort. cost. del 27 giugno 1973, n. 93 e Cort. cost. del 25 marzo 1976, n. 57), e in alcune pronunce, in particolare relative a convenzioni internazionali, confermato come solo lo Stato sia in grado di valutare le esigenze e gli interessi ecologici di scala nazionale (Cort. cost. del 23 luglio 1980 n. 123 e Cort. cost. del 25 luglio 1984, n. 223).

Il secondo punto di svolta si è avuto con l'istituzione del Ministero dell'Ambiente, che ha sancito il radicamento dell'ambiente nell'ordinamento.

Poco prima la Corte, con l'ord. del 22 giugno 1983, n. 184, seppure sbrigativamente, aveva considerato l'ambiente un "bene" costituzionalmente rilevante e poi nella sentenza del 27 giugno 1986, n. 151 affermatone il "valore" in merito alla tutela di zone di particolare interesse ambientale, sebbene la disciplina fosse riferibile al paesaggio (ritenuto valore primario, insuscettibile di essere subordinato a qualunque altro, come poco prima sostenuto da Cort. cost. dell'1 aprile 1985, n. 94 e Cort. cost. del 21 dicembre 1985, n. 359).

Nella prima delle due fondamentali sentenze di questo periodo, la n. 210/1987, la Corte ha: richiamato nuovamente il valore, ma stavolta riferendosi esplicitamente all'ambiente; dato atto della tendenza ad inquadrare la tutela dell'ambiente come "diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività"; fatto riferimento al dibattito relativo all'unità-pluralità dell'ambiente, osservando la tendenza verso una concezione unitaria del bene ambientale, comprensiva e delle risorse naturali e di quelle culturali, indicando così anche la contiguità tra ambiente e paesaggio; tentato di perimetrarne l'ambito, affermando che esso "comprende la conservazione, la razionale gestione ed il miglioramento delle condizioni naturali (aria, acqua, suolo e territorio in tutte le sue componenti), l'esistenza e la preservazione di patrimoni genetici terrestri e marini e di tutte le specie animali e vegetali che in essi vivono allo stato naturale ed in definitiva la persona umana in tutte le sue

estrinsecazioni”; infine rinvenuto il fondamento, in consonanza con la citata giurisprudenza civilistica sul diritto all’ambiente salubre, negli artt. 9 e 32 Cost., come fonti di valori costituzionali primari.

Nella di poco successiva sentenza n. 641/1987 la Corte ha approfondito l’analisi, tentando di risolvere il problema unità-pluralità dell’ambiente, considerando quest’ultimo un bene immateriale unitario sebbene a varie componenti, ciascuna delle quali può anche costituire, isolatamente e separatamente, oggetto di cura e di tutela; in merito al parametro costituzionale, ribadito che la tutela dell’ambiente, in quanto elemento determinativo della qualità della vita, deve considerarsi imposta anzitutto da precetti costituzionali (artt. 9 e 32 Cost.), affermandone il valore primario ed assoluto (cfr. anche Cort. cost. del 30 dicembre 1987, n. 617). Però ne ha sottolineato “l’autonomia”, in particolare dall’art. 9, in quanto la tutela non è una finalità naturalistica o estetizzante, ma necessaria alla collettività.

Diventa centrale in questi anni il dibattito sulla collaborazione tra Stato e Regioni: la Corte assegna allo Stato il compito di definire la consistenza dell’interesse della collettività alla difesa ambientale di una determinata area, e perciò affida alla discrezionalità del legislatore nazionale di stabilire le particolari forme di cooperazione fra le Regioni e lo Stato, seppure nei limiti dei criteri di ragionevolezza (Cort. cost. del 15 novembre 1988, n. 1031). Del resto, queste sentenze sempre più spesso si sono confrontate con il d.p.r. del 2 luglio 1977, n. 616, che prevedeva il trasferimento delle funzioni amministrative in tema di protezione della natura (Cort. cost. del 15 novembre 1988, n. 1029), e sulla base di quella disciplina la Corte ha invocato forme di collaborazione (Cort. cost. del 29 ottobre 1987, n. 344 e Cort. cost. del 15 giugno 1989, n. 337, la cui assenza ha anche comportato l’illegittimità della legge statale; la n. 151/1986 su disciplina statale paesaggistica e regionale urbanistica).

A seguito di queste sentenze non viene sopito il dibattito tra unità e pluralità dell’ambiente, che ad esempio vede a favore della soluzione pluralistica il giudice amministrativo, il quale aveva rifiutato che esistesse un «bene ambiente» di per sé tutelabile, e sosteneva la configurabilità di una pluralità di beni giuridici, oggetto di distinte tutele, per convenzione ricadenti sotto il termine “ambiente” (Cons. St., sez. IV, dell’ 11 aprile 1991, n. 257; Cons. St., sez. IV, del 28 febbraio 1992, n. 223).

Riguardo però alle altre enunciazioni, le pronunce della Corte successive non hanno contraddetto le posizioni assunte. La giurisprudenza degli anni novanta ha riconosciuto un’autonomia alla protezione dell’ambiente, al di là dei settori che attraversa e che ricadono in diverse competenze (Cort. cost. del 27 luglio 1994, n. 356), così come affermato che l’integrità ambientale sia un bene unitario (Cort. cost. del 3 febbraio 1994, n. 21). Ci si è preoccupati piuttosto di cercare un equilibrio tra ambiente e iniziativa economica (secondo Cort. cost. del 16 marzo 1990, n. 127 il limite massimo di emissione inquinante non potrà mai essere superiore a quello tollerabile per la salute e l’ambiente: ma, rispettato il limite, l’autorità non può imporre nuove tecnologie, capaci di ridurre ulteriormente il livello d’inquinamento, se eccessivamente costose).

La formulazione del 2001, che prevede “la tutela dell’ambiente e dell’ecosistema” ad opera della sola legislazione statale, di fatto ha condotto l’ambiente nell’ambito della sfera dei poteri pubblici, con il riconoscimento di un interesse pubblico, in mancanza dell’indicazione testuale di un diritto fondamentale. L’idea del diritto ad un ambiente salubre, che almeno nel testo manca, avrebbe infatti più agevolmente condotto a ritenere la tutela dell’ambiente riconducibile ad un diritto della persona. La formulazione è rimasta ambigua: vi è chi ha notato come il termine “ambiente” potrebbe richiamare la citata prospettiva antropocentrica, mentre il termine “ecosistema” la prospettiva ecocentrica. Ugualmente non è chiaro cosa si intenda come “bene ambientale”: se legislazione e giurisprudenza sembrano intendere “ambiente” e “beni ambientali” come sinonimi (cfr. la legge dell’8 luglio 1986, n. 349, o Cort. cost. del 10 febbraio 2006, n. 51), eventualmente identificando i secondi come aspetti del primo, si è anche sostenuto che con l’espressione si voglia fare riferimento all’utilità (anzitutto economica) ricavabile dall’ambiente (D. PORENA, *La protezione dell’ambiente tra Costituzione italiana e “Costituzione globale”*, Torino, 2009, p. 239).

E così, se la tutela attiene evidentemente alla conservazione, difesa, preservazione, la valorizzazione ricomprende per la Corte ogni attività diretta a migliorare le condizioni di conoscenza e conservazione dei beni ambientali e ad incrementarne la fruizione (Cort. cost. del 13 gennaio 2004, n. 9), e così l’uso del bene, il godimento.

A seguito della riforma del titolo V parte II della Cost., per un primo periodo in consonanza con la giurisprudenza precedente, la tutela dell’ambiente è stata intesa come un valore (Cort. cost. del 26 luglio 2002, n. 407), autonomo (e quindi diverso, ad esempio, dalla salute), definito bene unitario (Cort. cost. del 20 dicembre 2002, n. 536). L’affermazione del valore ha posto così in secondo piano il tema della ricostruzione di un diritto o un dovere all’ambiente. In virtù di questa scelta, la tutela è stata esclusa dal novero delle materie “in senso tecnico”, sul presupposto che non tutti gli ambiti materiali specificati nel comma 2 dell’art. 117 possano configurarsi come “materie” in senso stretto, poiché in alcuni casi si tratta più esattamente di competenze del legislatore statale idonee ad investire una pluralità di materie. Proprio alla luce dell’idea dell’ambiente come non-materia e come valore, la tutela è stata ricostruita come una materia “trasversale”, che incrocia competenze regionali e statali (come la tutela della concorrenza, Cort. cost. del 13 gennaio 2004, n. 14, sul parallelismo con l’ambiente cfr. M.

D'ALBERTI, *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, *Dir. amm.*, 2004, p. 715). La ricostruzione come una "non materia" ha lasciato, correlativamente, prevalere la tesi dell' "immaterialità" dell'ambiente.

Si è delineata così una materia priva di propria consistenza (in continuità con il vecchio titolo V), ricompresa in altre materie, e negata una sfera di competenza circoscritta e delimitata, in virtù dell'intreccio della tutela con altri interessi e competenze. Le competenze concorrenti collegate alla tutela dell'ambiente comunque risultano molteplici: tutela della salute, protezione civile, tutela e sicurezza del lavoro, governo del territorio, produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia, ricerca scientifica e tecnologica e sostegno all'innovazione per i settori produttivi, per fare riferimento solo alle materie di competenza concorrente, oltre alla «valorizzazione dei beni culturali e ambientali». Anche materie ricondotte alla competenza residuale delle Regioni, hanno sicura attinenza: agricoltura, foreste, industria, commercio, artigianato, caccia e pesca (oltre che produzione, trasporto e distribuzione regionale e locale dell'energia; reti di trasporto e navigazione regionali e locali).

La Corte in questa fase ha precisato che la trasversalità e l'affermazione dell'ambiente come valore servano a non escludere legittimazione alle Regioni (e quindi a sottrarre degli ambiti), così da conciliare determinazioni nazionali e la competenza regionale (Cort. cost. del 24 giugno 2003, n. 222).

Ma in merito alla competenza delle Regioni in tutela d'ambiente, se la Corte ha limitato la competenza regionale alla cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali, per soddisfare ulteriori esigenze rispetto a quelle di carattere unitario definite dallo Stato, ha precisato anche che, nell'esercizio della potestà concorrente o di quella residuale, una Regione possa assumere fra i propri scopi anche finalità di tutela ambientale (Cort. cost. del 7 ottobre 2003, n. 307). Quindi una tutela funzionale e indiretta rispetto a quella statale. Sulla base di questo quadro, secondo la Corte, il legislatore statale può intervenire per le esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale, con il potere di fissare *standard*, i quali però, inevitabilmente, si pongono come limite alla legislazione regionale, la cui ampiezza della competenza risultante costituisce il punto controverso.

La Corte ha affermato l'inderogabilità degli *standard* dalle leggi regionali, perché già la legislazione statale costituisce bilanciamento tra diversi interessi (Cort. cost. n. 307/2003 sull'inquinamento elettromagnetico, in cui sono in gioco la salute e la costruzione di impianti di interesse nazionale). La Corte, dopo avere escluso che le Regioni potessero stabilire degli *standard* *in pejus*. (Cort. cost. n. 536/2002, tantomeno le Regioni a Statuto speciale; cfr. Cort. cost. n. 108/2005), ha così negato anche le deroghe *in melius*, in tema di salute, comunicazione, energia, territorio (Cort. cost. n. 307/2003). L'indirizzo si pone evidentemente il compito di risolvere sia il problema del *nimby* che delle distorsioni della concorrenza che deriverebbero dalla coesistenza di regimi differenti a livello nazionale.

In questi primi anni di applicazione del titolo V, caratterizzati da entusiasmo regionalista, si sono fatte largo sia un'interpretazione restrittiva della competenza statale di definizione degli *standard*, con conseguente riduzione dello spazio di intervento del legislatore nazionale, che l'idea che la trasversalità creasse un intreccio delle competenze che si dovesse poi tradurre in una competenza "sostanzialmente condivisa-concorrente" (in questo senso, Cort. cost. n. 108/2005 e Cort. cost. n. 135/2005). Del resto, in carenza di menzione dell'ambiente nella Carta costituzionale, era stata fornita supplenza dalle competenze relative al territorio, settore per vocazione affidato alle funzioni amministrative delle Regioni. L'effetto è stato, dal punto di vista amministrativo, il forte coinvolgimento di altri livelli territoriali, sul piano legislativo, la possibilità di lasciare ampi margini alla legislazione regionale. Il tutto, attraverso un richiamo continuo al principio di leale collaborazione: proprio perché praticamente in ogni disciplina si presentavano intrecci con altre discipline, si è ritenuto che andassero previste forme di intesa (cfr. Cort. cost. n. 62/2005).

In questa fase sono rare le ipotesi nelle quali si sia affermata in maniera chiara una prevalenza dell'interesse nazionale (Cort. cost. n. 307/2003 e Cort. cost. n. 62/2005). Tuttavia la Corte, sebbene non innovando esplicitamente, almeno in un'occasione ha chiaramente fatto presente alle Regioni che comunque esse avevano perso competenze, e non guadagnate (Cort. cost. n. 62/2005).

In maniera coerente con quanto avvenuto in altri settori, il 2007 ha segnato in maniera evidente il passaggio ad una fase di rafforzamento delle competenze statali. L'accentuazione del centralismo statale in materia di ambiente, testimoniato anche dal Codice dell'ambiente (d. lgs. del 3 aprile 2006, n. 152) è stato il naturale esito del fatto che le esigenze unitarie richiedono l'esercizio unitario delle competenze (A. ROMANO, *Intervento al convegno L'Ambiente è sviluppo*, *Gazzetta ambiente*, 5/2005, p. 16 ; *Id.*, *Osservazioni conclusive*, *Annuario 2002 AIPDA*, 2003, p. 590).

La Corte si è finalmente assunta l'incarico, in supplenza del legislatore, di offrire all'interprete una nozione di ambiente. A partire dalla sentenza n. 378/2007 (preceduta da Cort. cost. n. 367/2007 sul paesaggio) si stabilisce che l'ambiente non è un bene immateriale, ma un bene della vita, materiale e complesso, per il quale è prevista la tutela e la salvaguardia delle qualità e degli equilibri delle sue singole componenti, oggetto di discipline dedicate (cfr. l'estensore, P. MADDALENA, *L'interpretazione dell'art. 117 e dell'art. 118 della Costituzione secondo la*

recente giurisprudenza costituzionale in tema di tutela e di fruizione dell'ambiente, in *Riv. giur. amb.*, 2011, p. 735).

La nozione che la Corte adotta proviene dalla Dichiarazione di Stoccolma del 1972, che fa riferimento alla biosfera, la quale non è considerata solo per le sue componenti, ma anche per le interazioni tra queste. La nozione in questo modo è intesa in termini generali ed onnicomprensivi, ed oggetto della tutela è quella parte di biosfera che riguarda il territorio nazionale (Cort. cost. n. 104/2008): l'ambiente è presentato così come un'entità organica. La Corte inoltre riprende l'inciso del 1987 per affermare che l'ambiente è un valore primario ed assoluto. La giurisprudenza civile ed amministrativa negli anni aveva continuato a citare quella pronuncia, dimenticata dalla Corte stessa (altro es. Cass., sez. III, n. 1087/1998), la quale declinava questi attributi per la salute, o ancor più raramente per il paesaggio: il più esplicito era stato il giudice amministrativo, nell'indicare che l'ambiente, in virtù dei caratteri di primarietà ed assolutezza, costituisce un limite ad altri interessi (governo del territorio, valorizzazione dei beni culturali in Cons. St., sez. VI, n. 533/2013; libertà di locomozione e di iniziativa economica in Cons. St., sez. VI, n. 654/2011 e sez. V, n. 596/2009; all'art. 41 e 42 Cons. St., sez. VI, n. 5552/2006).

La Corte stabilisce che la materia non è un interesse pubblico, ma "un oggetto", e sulla stessa cosa materiale le diverse normative disegnano diversi beni giuridici, sulla base degli interessi (come nel caso dei boschi e foreste, per i quali la funzione economico-produttiva rientra nella competenza delle Regioni mentre la tutela nella competenza statale, Cort. cost. n. 104/2008, o nei casi in cui si afferma che il profilo economico-produttivo delle acque minerali e termali è regionale, laddove la tutela della potabilità delle stesse acque è statale, Cort. cost. n. 1/2010). Si stabilisce così che possono coesistere beni giuridici diversi, in quanto le singole componenti o i singoli aspetti dell'ambiente facciano riferimento ad interessi distinti. Al tempo stesso si chiarisce anche la distinzione tra materie, quali tutela dell'ambiente e salute, in quanto non diversi valori, ma in quanto aventi oggetti diversi (Cort. cost. n. 225/2009, sulla quale A. CIOFFI, *L'ambiente come materia dello Stato e come interesse pubblico. Riflessioni sulla tutela costituzionale e amministrativa*, in *Riv. giur. amb.*, 2009, p. 970).

La tutela dell'ambiente diventa oggettiva, perché assume ad oggetto un bene della vita, e finalistica perché ne mira alla conservazione. Il livello di tutela deve essere elevato, si afferma, richiamando il dettato comunitario (Cort. cost. n. 9/2013). La Corte inoltre rilegge la trasversalità nel senso della "prevalenza dell'interesse statale alla tutela dell'ambiente" rispetto all'interesse di cui possa farsi portatrice la Regione, che riguarda solo un aspetto o componente, e questa rilettura si traduce in limiti alla relativa azione (Cort. cost. n. 378/2007 e Cort. cost. n. 9/2013): il potere dello Stato non consiste nel fissare una tutela minima, che le Regioni integrino, ma di decidere della tutela, con la possibilità di contestare le Regioni che dovessero porsi in contrasto con la disciplina nazionale: in questo senso gli *standard* non devono intendersi come minimo di tutela fornita, ma come la tutela adeguata e non riducibile indicata dal Parlamento (Cort. cost. n. 61/2009). Giacché poi sul bene della vita ambiente concorrono competenze distinte per finalità, non esisterebbe più possibilità di intreccio, ma solo di "concorso di competenze" (in questo senso Cort. cost. n. 225/2009). Ciò consentirebbe di escludere il ricorso al cd. "principio di prevalenza", che la Corte adotta per decidere della competenza, nel caso di pluralità di competenze, consentendo allo Stato di legiferare, purché per l'esercizio delle funzioni amministrative ricorra un'intesa forte (quindi insuperabile) con le Regioni. In realtà la giurisprudenza successiva ha continuato a fare ricorso al principio di prevalenza (Cort. cost. n. 9/2013), affermando che nel caso di sovrapposizione, la prevalenza vada semplicemente assegnata alla legislazione statale (Cort. cost. n. 278/2012). Alla luce di questi indirizzi, mentre prima del 2007 la competenza trasversale significava necessità di far convivere le competenze regionali, ora la competenza trasversale comporta la prevalenza della competenza statale e rende le competenze regionali recessive (Cort. cost. n. 9/2013).

Rimane non sufficientemente chiarito, e quindi da valutare caso per caso, il profilo relativo alla cd. tutela indiretta, in quanto si conferma che le Regioni possono disporre livelli di tutela più alta nell'esercizio delle proprie competenze (Cort. cost. n. 61/2009), visto il possibile conflitto con gli *standard* che lo Stato vuole imporsi. Si continua comunque ad escludere la possibilità di una tutela regionale più elevata nei casi in cui la legge statale debba ritenersi inderogabile, essendo quest'ultima frutto di un bilanciamento tra più interessi eventualmente tra loro in contrasto (Cort. cost., n. 225/2009). Così come rimane affidato alla valutazione caso per caso il bilanciamento tra valori: è evidente infatti che il riferimento a "primarietà ed assolutezza" non può escludere la ponderazione con altri valori. La Corte (Cort. cost. n. 85/2013, c.d. *caso Ilva*), nel tornare a riferirsi alla nozione di ambiente salubre, ha precisato che sia il diritto al lavoro che all'ambiente salubre sono fondamentali, così che l'ambiente e/o la salute non vanno ritenuti al primo grado assoluto di una rigida gerarchia. La primarietà implica l'impossibilità del sacrificio del valore, ma il principio di proporzionalità e di ragionevolezza costituiscono criterio di equilibrio (cfr. Cort. cost. n. 209/2011 in tema di libera iniziativa economica). Ragionevolmente, ne fa le spese l'enunciazione di assolutezza, esclusa espressamente nella sentenza n. 85/2013 per l'ambiente o la salute, per far posto a proporzionalità e ragionevolezza.

Nella prospettiva della qualificazione, non da tutti condivisa, dell'ambiente come principio fondamentale⁵⁰ questo sarebbe dunque idoneo ad assumere una funzione integrativa o correttiva delle singole clausole contrattuali.

Il tema è quello dell'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata e della *governance* giurisprudenziale dell'autonomia negoziale, della conformazione delle operazioni negoziali e del superamento del dogma della relatività degli effetti contrattuali, dell'approccio sistematico ed assiologico e della giustizia del contratto tra ragionevolezza, proporzionalità e solidarietà.

Tanto il legislatore quanto la pubblica amministrazione e gli organi giudicanti sembrano, dunque, vincolati dalla rilevanza del bene ambiente rispettivamente nella formulazione della fattispecie, nell'attuazione della legge e nella interpretazione della stessa.

Oggiogiorno, dunque, il problema non sembra più essere quello della rilevanza o meno del bene ambiente nei singoli settori dell'ordinamento giuridico, ma piuttosto quello della sua portata, del carattere assoluto o relativo, dell'assoluta primazia o della necessaria integrazione⁵¹ rispetto a comprimari interessi pubblici o privati a carattere antagonistico.

Il riparto di competenze normative incide, infine, sulla distribuzione delle funzioni amministrative. Lo Stato, ai sensi dell'art. 118 Cost. può riservarsi le relative funzioni, ovvero assegnarle alle Regioni o ad altri enti territoriali, o ancora prevedere il coinvolgimento di organi statali, regionali, locali (Cort. cost. n. 225/09): in ogni caso l'affermazione della competenza esclusiva in tema di tutela non impone da sola più forme d'intesa o di collaborazione tra diversi livelli territoriali nello svolgimento di funzioni amministrative, proprio perché la competenza è esclusiva e non condivisa.

⁵⁰ Nel 2004 con il progetto di legge costituzionale n. 4307 si è avanzata la proposta di una modifica dell'art. 9 Cost. al fine di introdurre un riferimento all'ambiente, così da elevarlo a principio fondamentale. Tra un orientamento minoritario secondo cui si impone come necessaria una modifica del testo costituzionale ed un'impostazione ricostruttiva maggioritaria secondo cui l'ambiente sarebbe qualificabile come valore costituzionale ricavabile già dal combinato disposto degli artt. 2, 9 e 32 Cost. senza la necessaria modifica costituzionale, quest'ultimo indirizzo sembra da condividere. Sul dibattito relativo alla necessità di una tale operazione cfr. F. DE LEONARDIS, *L'ambiente tra i principi fondamentali della Costituzione*, www.federalismi.it, 2004.

⁵¹ Nel senso della necessaria integrazione di tutti i diritti fondamentali che sconfessa le posizioni dei sostenitori della primarietà assoluta e della non cedevolezza del valore ambientale al cospetto di altri valori parimenti tutelati a livello costituzionale si è espressa Cort. cost. n. 85/2013 relativa alla vicenda dell'Ilva di Taranto: "Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro. Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe tiranno nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme espressione della dignità della persona. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato, dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo, secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale".

3.1. Diritto privato e c.d. contratto ecologico: un “quarto” contratto? Lo sviluppo sostenibile come parametro di meritevolezza del contratto e la conformazione ecologica dell’autonomia negoziale.

La tutela multilivello dell’ambiente importa per definizione la concorrenza da un lato di più ordinamenti (diritto internazionale, diritto euro-unitario, diritto interno), dall’altro di tutti i settori dell’ordinamento interno verso la protezione del bene ambientale.

Sebbene lo studio del tema si sia sviluppato negli ultimi decenni in seno alle discipline del diritto amministrativo e del diritto internazionale, aree cui si riferiscono le principali fonti normative della materia dell’ambiente, agli inizi degli anni Settanta lo scenario appariva parzialmente differente⁵².

A quegli anni si riconducono vari tentativi posti in essere da parte della dottrina civilistica di ricostruire il diritto dell’ambiente principalmente attraverso gli schemi offerti dall’art. 844 cod. civ. e dall’art. 2043 cod. civ. Soltanto successivamente, prima a livello comunitario e poi anche a livello nazionale, iniziarono le prime riflessioni che portarono all’adozione di discipline di tipo regolativo con controllo da parte della pubblica amministrazione.

Nonostante la nuova impostazione, divenuta predominante negli anni Novanta, la dottrina civilistica ha continuato ad approfondire il tema della protezione dell’ambiente attraverso gli strumenti del diritto comune, in un’ottica eminentemente di tipo rimediabile, interrogandosi principalmente sull’impatto della regolazione su preesistenti diritti dei terzi e sul risarcimento del danno all’ambiente.

Detta ricostruzione storica può fornire all’interprete una chiave di lettura che per lungo tempo non ha ricevuto un credito diffuso, ancorchè sia oggetto ultimamente di un parziale ripensamento.

Pare infatti opportuno il ripensamento della tradizionale dicotomia⁵³ pubblico-privato ed affrontare un tema di così grande rilievo nell’ottica dell’integrazione, in cui anche gli strumenti del diritto privato possano svolgere un ruolo nel governo dell’ambiente.

⁵² Per la ricostruzione storica cfr. M. PENNASILICO (a cura di), *Manuale di diritto civile dell’ambiente*, Napoli, 2014.

⁵³ S. VINTI, *La circolarità logica del diritto amministrativo. Decostruire concetti per ordinare frammenti*, Torino, 2014, in cui l’Autore ripercorre i precari confini tra diritto pubblico e diritto privato. Negli stessi termini S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. Dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 697, “quanto più è acuta la

Di questa impostazione multi-livello beneficerà l'intero sistema, attraverso l'arricchimento dell'apparato rimediabile necessario ad affrontare le nuove sfide poste dalle nuove forme di aggressione al bene ambientale.

Il rapporto tra istituti di diritto civile e tutela dell'ambiente può essere descritto come di tipo biunivoco e di reciproca interferenza. Questi attributi sono verificabili da un lato nella sempre maggiore apertura del diritto civile alla problematica ambientale e, dall'altro, alla riconcettualizzazione delle tradizionali categorie del diritto civile, incise dalla penetrazione dei principi europei, dal carattere speciale della legislazione in materia di ambientale e dalle applicazioni giurisprudenziali.

Tutti gli istituti del diritto civile subiscono la crisi⁵⁴ della tenuta delle tradizionali categorie civilistiche, il venir meno delle classiche paratie normative che lasciano il posto ad una rilettura e riconcettualizzazione in un'ottica assiologicamente orientata.

Tale assiologia muove anche dal principio di solidarietà ambientale, desumibile dall'art. 2 Cost., e dal principio dello sviluppo sostenibile.

Secondo questa impostazione il tema dei criteri ambientali minimi non sembra riconducibile unicamente a taluni contratti o, addirittura, al solo contratto di appalto in quanto la funzione degli istituti alla luce delle esigenze fondamentali sposta di necessità il discorso a livello di sistema ordinamentale nel suo complesso: funzione sociale della proprietà, utilità sociale dell'iniziativa economica privata, meritevolezza di tutela degli atti di autonomia negoziale.

La crisi della lettura dogmatica del sistema ordinamentale si apprezza nel diritto dei privati già dalla portata del principio di sussidiarietà, formalmente introdotto dall'art. 118 Cost.

Proprio questo principio, infatti, oltre a promuovere l'espansione dell'autonomia negoziale, sembra frantumare un primo dogma: quello della relatività degli effetti contrattuali ex art. 1372 cod. civ.

Se l'iniziativa negoziale e la sussidiarietà sono previste per disciplinare interessi generali, il contratto non può più essere considerato soltanto come lo strumento economico-giuridico

crisi, i più inclinano a negare la distinzione; cioè si fermano alla superficie, e dimenticano che l'esigenza razionale del diritto come ordinamento è nella dinamica dei due termini: pubblico e privato".

⁵⁴ N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, in cui l'Autore descrive con profondità analitica l'evoluzione del processo di erosione degli schemi concettuali che hanno caratterizzato la riflessione scientifica, evidenziando come l'impatto delle fonti comunitarie abbia portato l'interprete a considerare i limiti storici delle tradizionali categorie civilistiche (soggettività giuridica, beni, contratto, responsabilità, famiglia).

finalizzato a regolare gli interessi egoistici delle parti, in quanto il passaggio⁵⁵ da una teoria strutturalistica ad una teoria funzionalistica del diritto inserisce il contratto in un assetto secondo cui ambiente e mercato configurano un'esperienza unitaria.

Il problema interpretativo è rappresentato dalla rilettura dei tradizionali istituti di contenuto patrimoniale. La funzione sociale non riguarda infatti solo la proprietà. Le esigenze di solidarietà emergono anche nel diritto delle obbligazioni dove l'art. 1174 cod. civ. impone di tenere in considerazione anche l'interesse non patrimoniale del creditore. Nel contratto non è presente una disposizione dello stesso tenore, come se il contratto si connoti soltanto per il suo carattere patrimoniale ex art. 1321 cod. civ. Una tale ricostruzione, però, sembra non resistente alle obiezioni fondate su una rilettura del sistema alla luce dei valori non patrimoniali, quali il solidarismo, che assecondano la tendenza alla c.d. depatrimonializzazione del diritto civile.

Un regolamento contrattuale, frutto della negoziazione di soggetti privati, anche se privo di clausole ambientali non può porsi in contrasto con valori preminenti del sistema, come la salute dell'uomo, in ragione del rilievo per cui esso deve essere compatibile con i principi di ordine pubblico costituzionale.

L'interpretazione di ogni disposizione non potrà che essere sistematica e al contempo assiologia, riferita cioè ai valori del sistema nel suo complesso. E' secondo le appena riferite coordinate ermeneutiche che si definisce il rapporto tra sviluppo sostenibile e c.d. contratto giusto. Giustizia del contratto che sembra non doversi intendere soltanto in una logica di non squilibrio normativo e di non eccessivo squilibrio economico, ma anche in una logica legata ad aspetti non patrimoniale, tra cui l'ambiente rappresenta una delle possibili concretizzazioni.

Ed allora non si può escludere che l'incidenza diretta sull'assetto di interessi contrattuali, come fissati dal singolo e concreto regolamento, di principi e clausole generali (*in primis* la buona fede) conformi il contratto, orientandolo in senso ecologico proprio in funzione di quella giustizia contrattuale, espressione dei principi di solidarietà e proporzionalità.

L'analisi c.d. ecologica del diritto contrattuale ha indotto una parte della dottrina ad interrogarsi se si possa accreditare una nuova figura di contratto, il contratto ecologico o c.d.

⁵⁵ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007.

“quarto contratto”, a culmine di una vicenda evolutiva del contratto le cui tappe sono state scandite con gli attributi di primo, secondo e terzo contratto.⁵⁶

Nel paradigma di questo “quarto contratto” l’interesse ambientale penetra e colora la causa in concreto dell’operazione economica, facendo emergere l’interesse dell’uso responsabile delle risorse naturali quale espressione di una nuova stagione del contratto. In ultima analisi, tale nuovo modello esprime tutta l’insufficienza della definizione stessa di contratto ex art. 1321, modello generale nell’impostazione del legislatore del 1942, ma che ormai mostra tutta l’insufficienza se non integrata in via diretta dai principi di solidarietà e sostenibilità.⁵⁷

Può ritenersi, dunque, che oggi il contratto non sia soltanto fonte di rapporti giuridici patrimoniali, ma di rapporti giuridici patrimoniali sostenibili, senza però dimenticare che l’ambiente non rappresenta un valore assoluto, ma un valore che va relativizzato all’interno della singola fattispecie concreta in cui si inseriscono ulteriori valori ed esigenze del sistema (trasparenza, non discriminazione, concorrenza), nell’ottica di un primato che si afferma e si svolge attraverso il canone di proporzionalità, tale “da non consentire un sacrificio del nucleo essenziale del diritto contrapposto” evitando il rischio di “una illimitata espansione” del diritto “tiranno” sulle “altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette”.⁵⁸

⁵⁶ È la nota proposta di R. PARDOLESI, *Prefazione*, in G. COLANGELO, *L’abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un’analisi economica e comparata*, Torino, 2004, p. XII; Id., *Dalla Pangea al terzo contratto?*, in AA.VV., *Studi in onore di Nicolò Lipari*, II, Milano, 2008, pp. 2143 ss.; sul dibattito in materia, si rinvia a G. GITTI e G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L’abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008; F. MACARIO, *Dai «contratti delle imprese» al «terzo contratto»: nuove discipline e rielaborazione delle categorie*, in *Jus*, 2009, pp. 311 ss.; E. MINERVINI, *Il «terzo contratto»*, in *Contratti*, 2009, pp. 493 ss.; R. FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Padova, 2010; M.M. PARINI, *«Forza contrattuale» e rapporti tra imprese*, Prefazione di A. GENTILI, Roma, 2013, pp.191 ss.

Quarto o, forse, “quinto contratto”, qualora si ipotizzi, come “quarto contratto”, lo schema di un contratto asimmetrico “al di fuori degli squilibri di rilevanza macroeconomica”: così, E. NAVARRETTA, *Luci e ombre nell’immagine del terzo contratto*, in G. GITTI e G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, p. 317, la quale, peraltro, reputa preferibile “affidarsi non tanto ad una moltiplicazione di categorie isolate, quanto ad un approccio capace di declinare al plurale l’istituto del contratto, senza trascurare la dimensione generale del sistema e l’attitudine delle clausole generali ad aggregare e a conferire uno spirito coerente ed unitario alla molteplicità dei singoli sottosistemi” (p. 329).

⁵⁷ Responsabilità intergenerazionale che già SANTI ROMANO intuiva nel celebre discorso del 1909 su *Lo Stato moderno e la sua crisi* – là dove dichiarava in modo perentorio che lo Stato, grazie alla forza del diritto, “si pone nella condizione di curarsi non solo delle generazioni presenti, ma anche di quelle future, ricollegando in un’intima e ininterrotta continuità di tempo, di azione, di fini, momenti ed energie diverse, di cui esso è comprensiva espressione”, in S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in Id., *Scritti minori*, Milano 1990, p. 381.

⁵⁸ In questi termini Cort. cost., sentenza n. 85 del 9 maggio 2013.

4. La tutela amministrativa dell'ambiente: modello *command and control* e modello di mercato.

L'ambiente è oggetto di studio di più discipline (c.d. tutela multi-livello dell'ambiente: diritto euro-unitario, diritto internazionale, diritto costituzionale, diritto civile, diritto penale, diritto agrario), ma mostra una maggiore vicinanza con il diritto amministrativo di cui, secondo alcuni autori, rappresenta una “gemmazione”⁵⁹ tanto da costituirne un motore propulsore⁶⁰.

Lo stretto collegamento⁶¹ esistente tra ambiente e poteri amministrativi si apprezza, nello specifico, dall'esame del ruolo dei poteri pubblici.

Si tratta di un ruolo particolare, in quanto i caratteri che connotano il bene ambiente importano spesso la necessità di azioni da parte delle varie pubbliche amministrazioni, in concreto chiamate a svolgere il perseguimento del pubblico interesse, anche in carenza di precisi

⁵⁹ F. COSTANTINO, *Voce Ambiente [dir.ammin.]*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 2014.

⁶⁰ F. SATTA, *Introduzione all'ambiente*, in www.apertacontrada.it, 2010.

⁶¹ F. SATTA, *Intervento alla Tavola Rotonda “La questione ambientale” Università Sapienza di Roma, 15 gennaio 2010*, in www.apertacontrada.it, dove l'autore esprime il vincolo indissolubile esistente tra ambiente e diritto pubblico ed il carattere necessariamente dinamico del diritto che tutela l'ambiente: “Il c.d. diritto dell'ambiente è forse l'espressione somma del diritto pubblico: tocca l'essenza stessa del convivere, dell'essere una comunità in cui ciascuno è se stesso e parte del gruppo. Riguarda insomma le regole prime ed al tempo stesso ultime del vivere in comune: avere aria, luce, pace, acqua, cibo. Un tempo si parlava più semplicemente e concretamente di natura.[...] Di questo si deve tenere conto sotto due profili. Il primo è che la tutela dell'ambiente non può essere concepita in termini statici – diciamo pure, affidata solo alle leggi ed al diritto. Essa si realizza certo anche grazie ad es. al rispetto delle norme che prescrivono standard volti a contenere gli inquinamenti. Ma il problema vero è che lo sviluppo della vita procede anche dopo la fissazione degli standard: con la conseguenza che se esso non si adegua costantemente all'esigenza di tutela, non solo agli standard, è destinato ad incidere negativamente sull'ambiente. Ne deriva un profilo completamente nuovo ed inesplorato di questo diritto. Il diritto che tutela l'ambiente deve essere dinamico, come lo è la vita. Deve non solo sapersi adeguare rapidamente alle nuove esigenze, ma deve fare tutto il possibile per prevenirle. Lo strumento fondamentale in questo senso è la tecnologia, che deve in tutti i modi essere favorita e sviluppata.[...] Ben consapevoli di questo, molti Stati stanno facendo ricorso alla leva economica per conseguire risultati, irraggiungibili con il sistema del *command and control*. La possibilità di essere ambientalmente virtuosi e quindi di poter cedere a terzi, a titolo oneroso, il diritto di immettere gas nell'atmosfera, costituisce un fortissimo incentivo allo sviluppo tecnologico in senso favorevole alla qualità dell'aria; lo stesso risultato perseguono gli ecoincentivi, ivi compreso il c.d. *ecolabel*, vale a dire una sorta di certificato di origine, riferito alla produzione. Emergono così chiaramente sia il grandissimo fascino che il diritto dell'ambiente esercita sullo studioso, sia le difficoltà di fronte alle quali pone. Il fascino è che si tratta di un diritto intrinsecamente incompiuto. Il diritto privato conosce un sistema complessissimo di diritto sostanziale e processuale, capace di assorbire in sé la dinamicità propria della vita (si pensi semplicemente al contratto), chiudendola in una morsa giuridica – il giudicato e l'esecuzione. Si può legittimamente presumere che la tutela degli interessi sia la più piena possibile. Al diritto dell'ambiente tutto ciò è sconosciuto. Si deve conciliare la conservazione con la vita e la vita con la conservazione; conta il fatto che si siano ridotte le emissioni, senza che alcun giudicato possa avere effetti – anzi, forse senza poter essere neppure pensabile. Non a caso il diritto comunitario assume come canone fondamentale il principio di precauzione, e la correzione alla fonte del danno – che quindi resta! La difficoltà è figlia o sorella, difficile dire, del fascino. Richiede l'azione di tutti. Gli ultimi sono forse i giuristi”.

riferimenti normativi⁶² e/o di certezze tecnico-scientifiche, sebbene si faccia ampio ricorso agli strumenti classici del diritto amministrativo.

Il carattere di specialità dell'azione amministrativa in materia di tutela dell'ambiente involge sia il livello del sistema generale di diritto amministrativo, sia il micro-sistema dei contratti pubblici, articolandosi in una molteplicità di modelli di protezione.

Sul punto la dottrina⁶³ è solita operare una ripartizione tra: strumenti riconducibili allo schema *command and control* e strumenti di mercato. Con i moduli del primo tipo sia riferimento all'insieme di misure regolatrici e sanzionatorie tra cui rilevano le misure penali a tutela dell'ambiente e gli atti regolamentari o provvedimenti (principalmente di tipo autorizzatorio), mentre gli strumenti di protezione che si attuano attraverso il mercato si è soliti raggruppare le misure di mercato c.d. pure (marchi, attestazioni ecologiche) e quelle c.d. miste (c.d. appalti verdi).

Ancorchè detto collegamento si declini di fatto anche attraverso gli ordinari strumenti del diritto amministrativo, il rapporto tra ambiente ed attività amministrativa consente di far luce sui caratteri peculiari della funzione amministrativa connessa alla tutela dell'ambiente.

Tali caratteri peculiari riflettono di regola i connotati propri ed esclusivi dell'interesse ambientale, che lo differenziano in modo netto dai profili strutturali e funzionali di tutti gli altri interessi pubblici affidati alla cura della pubblica amministrazione.

Il diritto amministrativo dell'ambiente presenta, dunque, innegabili profili di specialità che concorrono a configurare un vero e proprio regime di diritto amministrativo *sui generis*.

Questa area di specialità abbraccia sia il profilo soggettivo (c.d. amministrazione in senso soggettivo) sia il profilo di amministrazione-attività (c.d. amministrazione in senso oggettivo) con evidenti punti di distacco dal modello classico del momento procedimentale e provvedimento.

Partendo dagli strumenti di *command and control* il predetto regime si esprime in una serie di momenti di specialità rispetto al modello autoritativo classico.

⁶² F. DE LEONARDIS, *Le trasformazioni della legalità nel diritto ambientale*, in G. Rossi, a cura di, *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2011, p. 123.

⁶³cfr. M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, pp. 327 ss.; G. CALABRESI, *La responsabilità civile come diritto della società mista*, in G. ALPA, F. PULITINI, S. RODOTÀ, F. ROMANI, *Interpretazione giuridica e analisi economica*, Milano, 1982, pp. 497 ss.; Id., *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Milano, 1975, pp. 15 ss..

Un primo momento di specialità si apprezza principiando dalla funzione regolatoria in materia ambientale. Un modello regolatorio che si distanzia dal tipo di regolazione economica posta in essere dalle Autorità indipendenti in quanto, nonostante il carattere comune rappresentato dalla fase preliminare di valutazione tecnico-scientifica, si traduce poi in scelte di tipo politico, in cui difetta proprio il carattere tecnico che connota l'attività amministrativa delle Autorità indipendenti. La politicità della scelta si connette propriamente con la determinazione del c.d. rischio accettabile.

Proprio il carattere della specialità della funzione amministrativa si riverbera poi anche sul profilo soggettivo, forse giustificando la ragione per cui una tale funzione non sia stata attribuita al modello regolatorio e di controllo delle *Authorities*, ma piuttosto al paradigma soggettivo tradizionale di pubblica amministrazione, politicamente dipendente.

Il carattere trasversale dell'interesse ambientale si riflette direttamente sul carattere strutturale dei procedimenti amministrativi che hanno ad oggetto il bene ambiente. Questi ultimi, di regola, incidono su funzioni di tutela dirette alla protezione di ulteriori e diversi interessi ed hanno, in ragione di questo rilievo, struttura di sub-procedimenti che si inseriscono in un più ampio procedimento di natura autorizzatoria, come ad esempi nei casi di VIA, VAS ed AIA.

La tutela dell'ambiente si ottiene dunque in via sub-procedimentale, in occasione di momenti procedurali preordinati funzionalmente alla cura di altri beni ed interessi pubblici.

In questa operazione tesa alla definizione di un regime di diritto amministrativo speciale rientrano anche le ipotesi di deroghe ai meccanismi di semplificazione, cioè l'inapplicabilità dei c.d. strumenti di semplificazione procedurali o di liberalizzazione amministrativa previsti dalla legge generale sul procedimento amministrativo. La *ratio* che giustifica la scelta del legislatore di rendere sul punto inapplicabili gli istituti generali di semplificazione sembra collocarsi nella insostituibilità di apporti istruttori o decisionali provenienti dalle amministrazioni poste a tutela dell'ambiente, così da rendere non sostituibile o surrogabile, con modelli differenti dalla pienezza dell'istruttoria e dalla decisione espressa, l'esigenza di una ponderazione completa dell'interesse pubblico ambientale.

Si deve però sottolineare come il legislatore risolva con esiti differenti il nodo problematico rappresentato dall'individuazione dell'equilibrio tra ragioni della semplificazione e salvaguardia degli interessi sensibili, tra cui si ascrive l'ambiente. Anche a seguito della

approvazione della legge n. 124 del 2015 (c.d. legge Madia), il grado di resistenza degli interessi sensibili non è da considerarsi assoluto, ma relativo e variabile in riferimento ai singoli istituti: art. 20, comma 4, l. 241/1990 (silenzio-assenso nei rapporti verticali), art. 17-bis l. 241/1990 (silenzio assenso nei rapporti orizzontali), art. 14 l. 241/1990 (conferenza di servizi) ed art. 19 l. 241/1990 (s.c.i.a.).

Peculiarità rilevanti discendono anche dal principio di precauzione⁶⁴ che rappresenta uno dei fondamenti dell'azione amministrativa in materia ambientale.

⁶⁴ Sull'origine del principio, sono copiosi i documenti, tra convenzioni internazionali ed atti non vincolanti, che menzionano espressamente il principio di precauzione, tanto da giustificare l'opinione di coloro che lo considerano come "il prodotto più originale ed innovativo del diritto internazionale dell'ambiente" (M. MONTINI, *Necessità ambientale nel diritto internazionale e comunitario*, Padova, 2001, p. 39). Vari studiosi ritengono che l'origine dell'idea precauzionale debba essere individuata nello sviluppo del metodo c.d. della capacità di assimilazione, il quale sotto il profilo logico e scientifico ha aperto la strada a nuove tecniche preventive di tutela degli ecosistemi, formalizzato prima nella Carta Mondiale della Natura e successivamente nelle dichiarazioni finali delle conferenze ministeriali per la protezione del Mare del Nord.

La Repubblica Federale tedesca negli anni Ottanta, preoccupata dal degrado dell'ambiente marino, aveva proposto agli Stati contigui l'adozione di un approccio ai problemi ambientali fondato sul *Vorsorgeprinzip*, principio elaborato dalla dottrina tedesca del XX secolo. Secondo K. VON MOLTKE, *The Vorsorgeprinzip in West Germany Environmental Policy*, London-Brussels, 1987, "la politica dell'ambiente non può limitarsi a prevenire danni imminenti o a riparare quelli che si realizzano. Una politica precauzionale richiede qualcosa in più della protezione e della garanzia delle risorse naturali".

L'evoluzione ha registrato un passaggio importante costituito dalla decisione del Consiglio di amministrazione del Programma delle Nazioni Unite per l'ambiente (UNEP) n. 15/27 del 25 maggio 1989, che ha sancito il superamento del metodo della capacità di assimilazione, in quanto rischioso e soprattutto debole quanto alla necessità di attendere prove scientifiche circa la natura e l'entità degli effetti prodotti sull'ambiente dalle sostanze inquinanti. Sarà poi la Conferenza dei rappresentanti degli stati membri della Commissione economica delle Nazioni Unite per l'Europa (UNECE), tenuta a Bergen nel 1990, a mettere in relazione per la prima volta i concetti di precauzione e di sviluppo sostenibile, sostenendo così un'applicazione generalizzata del principio. Nel giugno del 1992, nella Conferenza internazionale su ambiente e sviluppo (UNCED), tenutasi a Rio de Janeiro, il principio di precauzione riceve un importante riconoscimento globale: il c.d. metodo precauzionale viene trasfuso nel principio n. 15 della dichiarazione e prevede che "al fine di proteggere l'ambiente, gli Stati applicheranno largamente, secondo le loro capacità, il metodo precauzionale. In caso di rischio di danno grave o irreversibile, l'assenza di certezza scientifica assoluta non deve servire da pretesto per rinviare l'adozione di misure adeguate ed effettive, anche in rapporto ai costi, dirette a prevenire il degrado ambientale". Per una diffusa trattazione sul punto cfr. A. BIANCHI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2006; L. BUTTI, *The Precautionary principle in environmental law*, Milano, 2007; P. DELL'ANNO, *Principi di diritto ambientale europeo e nazionale*, Milano, 2004; T. SCOVAZZI, *Sul principio precauzionale nel diritto internazionale dell'ambiente*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1993, p. 699; G. CORDINI-P. FOIS-S. MARCHISIO, *Diritto Ambientale. Profili internazionali europei e comparati*, Torino, 2005, p. 16.

Il principio di precauzione ha poi rappresentato il punto di riferimento delle varie Corti internazionali nelle loro pronunce, come nella nota sentenza *Trail*, cfr. *American Journal of International Law*, 1941, p. 684. Più vicina alle tematiche di tipo precauzionale è il caso *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)* deciso il 25 settembre 1997 dalla Corte internazionale di giustizia (ICJ), sentenza nella quale vennero affrontati per la prima volta i concetti di pericolo, rischio e stato di necessità. Con il nuovo millennio il principio di precauzione è stato oggetto di numerosi accordi internazionali: Protocollo di Cartagena alla Convenzione sulla Biodiversità, l'accordo ASEAN, la Convenzione Africana sulle risorse naturali, l'ambiente e lo sviluppo.

Sullo statuto del principio di precauzione nel diritto internazionale è possibile sintetizzare il dibattito richiamando le più accreditate possibilità interpretative: il principio di precauzione come principio generale di diritto internazionale dell'ambiente; il principio di precauzione come norma internazionale di soft law; il principio di

precauzione come norma generale consuetudinaria. Cfr. F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005.

Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea pur non riconoscendosi inizialmente in modo espresso il principio di precauzione, si afferma la possibilità di limitare se non di impedire la libera circolazione delle merci, a fronte dell'esigenza di evitare probabili danni alla tutela della salute. Nella sentenza *Sandoz*, in particolare, si conclude che "tutte le volte che sussistono delle incertezze sullo stato attuale della ricerca scientifica, spetta agli Stati membri in mancanza di armonizzazione, decidere il livello al quale essi intendono garantire la tutela della salute e della vita delle persone, pur tenendo conto della libera circolazione delle merci".

A segnare un passo avanti nello studio delle decisioni amministrative in caso di incertezza sono le sentenze *Motte* del 1985 e *Muller* del 1986, nelle quali si inizia ad introdurre il ruolo dell'istruttoria e la non arbitrarietà delle decisioni. Il principio di precauzione viene espressamente menzionato per la prima volta in due sentenze del 1998 (sentenza *National Farmers* e sentenza *Regno Unito c. Commissione*) nelle quali la CGUE ha confermato la validità delle misure di emergenza adottate contro l'encefalopatia spongiforme bovina solo dopo aver verificato che la decisione era stata assunta a seguito dell'assunzione di pareri provenienti da tre differenti organici tecnici.

Il principio di precauzione viene inserito nel Trattato Istitutivo della Comunità Europea solo a partire dal 1991, a seguito delle modifiche introdotte dal Trattato di Maastricht. Pur non essendo espressamente definito, si affianca i precedenti principi di prevenzione, del "chi inquina paga" e della correzione in via prioritaria alla fonte dei danni causati all'ambiente. Merita considerazione la formulazione contenuta nell'art. 174 TCE, che non si limita ad enunciarlo: chiama infatti in causa come presupposti per la predisposizione della politica della Comunità in materia ambientale i dati scientifici e tecnici disponibili, le condizioni dell'ambiente nelle varie regioni della Comunità Europea, nonché vantaggi ed oneri che possono derivare dall'azione o dall'assenza di azione. Le modifiche introdotte dal Trattato di Amsterdam del 1997 portano alla riformulazione dell'art. 6 TCE secondo cui le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente, e dunque anche quelle connesse a forme di tutela precauzionale, devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle altre politiche comunitarie. Nel trattato di Lisbona del 2007 il richiamo al principio di precauzione resta inalterato.

La Commissione europea nel febbraio del 2000 ha emanato una comunicazione esplicativa sul corretto utilizzo del principio di precauzione. La dimensione del principio supera le problematiche connesse con i rischi di breve o medio termine, perché essa riguarda concetti la cui portata temporale è il lungo periodo e la tutela delle generazioni future.

Sul piano della legislazione interna, prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 152/2006, il principio di precauzione è stato citato in vari settori normativi (cfr. F. TRIMARCHI, *Principio di precauzione e qualità dell'azione amministrativa*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, in cui l'autore individua un precursore del principio di precauzione nell'art. 2050 del cod. civ.; U. IZZO, *La precauzione nella responsabilità civile. Analisi di un concetto sul tema del danno da contagio per via trasfusionale*, Padova, 2004;). Parte della dottrina identifica tre fasi: fino al 1990 ordinamento comunitario ed ordinamento nazionale considerano solo indirettamente l'interesse pubblico ambientale. Si privilegiava a livello comunitario la libera circolazione delle merci, mentre a livello nazionale ad essere privilegiati erano gli interessi di servizio pubblico connessi alle principali fonti di inquinamento elettromagnetico. Tra il 1991 e il 1997, invece, la normativa assume una chiara impronta di tipo preventivo: è il caso, ad esempio, del d.p.c.m. del 23 aprile 1992 che stabilisce i limiti massimi di accettabilità delle esposizioni alle onde elettromagnetiche. A partire dal 1998, infine, nell'ultima fase di evoluzione del modello precauzionale, la disciplina nazionale assume una autonomia rispetto quella comunitaria.

La logica precauzionale riceve un importante riconoscimento con la legge 22 febbraio 2001 n. 36 (legge quadro sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici che ha tra le proprie finalità la tutela della salute, dell'ambiente e del paesaggio, nonché la promozione della ricerca scientifica per la valutazione a lungo termine e l'attivazione di misure di cautela da adottare in applicazione del principio di precauzione).

Con la legge 11 febbraio 2005 n. 11, recante modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990 n. 241, si prevede all'art. 1 che l'attività amministrativa sia retta oltre che dai principi di economicità, efficacia, pubblicità e trasparenza anche dai principi del diritto comunitario. Quindi un principio cardine del diritto euro-unitario come quello di precauzione entra direttamente nel novero dei principi dell'azione amministrativa.

Il d.lgs. n. 152/2006, che rappresenta il risultato del complesso ed articolato progetto di riforma della legislazione ambientale avviato con la legge 308/2004, menziona più volte il principio di precauzione. L'art. 301 d.lgs. n. 152/2006 è sicuramente il più importante in quanto dedicato all'attuazione del principio di precauzione. Al contrario di quanto stabilito dal principio n. 15 della Dichiarazione di Rio de Janeiro del 1992, si richiede che tale rischio venga individuato grazie ad una preliminare valutazione scientifica obiettiva, valutazione che si pone in antitesi, dal punto di vista logico, con la proclamazione di Rio. In applicazione del principio di precauzione poi, il Ministro ha la facoltà di adottare in qualsiasi momento misure di prevenzione, i sensi dell'art. 304 che risultino: a) proporzionali rispetto al livello di protezione che si intende raggiungere; b) non discriminatorie nella loro

Tale principio, di matrice sovranazionale, ha introdotto all'interno del diritto amministrativo caratteri del tutto peculiari.

Alla specialità della fase procedimentale è strettamente collegata la specialità del provvedimento. Viene ribaltato il tradizionale rapporto tra autorità e libertà, substrato della concezione liberale della iniziativa economica, verificandosi un'inversione dell'onere della prova per cui l'attività del privato potrà essere impedita anche in difetto di prova sulla dannosità della stessa ed incomberà sul privato l'onere probatorio sulla assenza di dannosità.

Il provvedimento amministrativo sarà così caratterizzato da una fisiologica temporaneità. L'immanente revocabilità dello stesso, per sua intima natura *rebus sic stantibus*, è giustificata dalla sua incisione su materie governate dall'incertezza scientifica, che penetra nella struttura del provvedimento tanto da renderlo a termine e rinnovabile, di contro il carattere tendenzialmente indeterminato dei provvedimenti ampliativi della sfera giuridica del diritto amministrativo generale il cui ritiro in via di autotutela è presidiato dalla necessità della ricorrenza dei presupposti legislativamente fissati dagli artt. 21-quinquies e 21-nonies l. 241/1990, rispettivamente per le ipotesi di revoca e di annullamento di ufficio.

Il carattere precauzionale dell'azione amministrativa in materia ambientale postula inoltre l'impossibilità per il comando legislativo di fissare precisi parametri decisionali, spesso delegati alla competenza tecnica della varie pubbliche amministrazioni in concreto coinvolte.

applicazione e coerenti con misure già adottate; c) fondate sull'esame di vantaggi ed oneri; d) modificabili in forza di nuovi dati scientifici. Il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio ha inoltre il compito di promuovere una corretta informazione in merito agli effetti negativi di un prodotto o di un processo. Tutte le decisioni che impongono misure di precauzione, di prevenzione o di ripristino, adottate ai sensi della parte sesta del Testo unico sull'ambiente necessitano di adeguata motivazione.

I principi introdotti dal Testo unico sull'ambiente, anche in ragione delle modifiche introdotte dal d.lgs. 16 gennaio 2008 n. 4 che attraverso l'art. 1, co. 2 ha inserito l'art. 3-ter a recepimento di una serie di principi generali di derivazione internazionale ed euro-unitaria. I principi introdotti nel corpo del d.lgs. 152/2006 hanno un carattere fortemente innovativo, almeno con riferimento al loro ambito di applicazione. Costituiscono una specificazione legislativa dell'utilità sociale, che ai sensi dell'art. 41 Cost., comma 2, limita la libertà di iniziativa economica privata. Il d.lgs. 4/2008, oltre a fissare dei principi generali sull'azione ambientale, è intervenuto in modo incisivo sulla parte seconda del Testo unico sull'ambiente, nello specifico sulle disposizioni in tema di valutazione ambientale strategica (VAS) e di valutazione di impatto ambientale (VIA). VAS e VIA rappresentano strumenti di verifica, ispirati da una logica preventiva, degli effetti prodotti rispettivamente dall'attuazione di piani, programmi e progetti sulla sostenibilità ambientale. Ma mentre nella Via gli strumenti analitici consentono di descrivere un quadro predittivo relativamente definito, riconducibile ad un tipico schema di causa-effetto, nella VAS invece si pone un problema diverso. I dati e le informazioni necessari per la costruzione di un modello esplicativo compiuto nella VAS non sono quasi mai tutti disponibili e gli scenari denotano un alto livello di dinamicità e complessità, con effetti che dipendono da una pluralità interminabile di variabili, spesso sottratte al controllo e alla capacità di previsione dell'Autorità preposta alla gestione del piano stesso (in questo senso cfr. E. BOSCOLO, *Vas e Via riformate: limiti e potenzialità degli strumenti applicativi del principio di precauzione*, in *Urbanistica e Appalti*, 5/2008, p. 541).

Ciò si traduce in un deficit di legalità sostanziale dell'azione dei pubblici poteri, che di regola il legislatore cerca di compensare sul versante del modulo procedimentale, in cui la centralità e la pienezza della fase istruttoria tende a rimediare alla carenza di legalità.

La centralità della fase istruttoria si traduce così in una valorizzazione del fatto rispetto al diritto. L'analisi del fatto⁶⁵ acquista una *vis expansiva* non comune rispetto al tradizionale bilanciamento diritto-fatto contenuto nella motivazione del provvedimento amministrativo. A conforto di una tale ricostruzione si pone anche l'indirizzo della giurisprudenza⁶⁶ della Corte di giustizia dell'Unione europea, che in più occasioni ha ribadito la centralità della ricostruzione del fatto rispetto a tutte le varie fasi procedimentali.

Il paradigma procedimentale si articola di regola in una struttura bifasica: ad una fase istruttoria che esita in una valutazione di natura tecnica, affidata a soggetti muniti delle necessarie competenze tecniche (c.d. Agenzie indipendenti), segue la fase decisionale, contenuta in un provvedimento amministrativo espresso che incide all'esterno su posizioni soggettive dei privati, demandata al soggetto cui è demandata la cura concreta dell'interesse pubblico, attraverso una scelta ampiamente discrezionale che è poi quella del rischio accettabile.

L'esercizio della funzione amministrativa in materia ambientale, così ricondotta ad uno statuto giuridico eccentrico o speciale rispetto al modello classico di riferimento, ha inevitabili ricadute sul tipo di sindacato giurisdizionale esercitabile dal giudice amministrativo e specularmente sul tipo di tutela ottenibile dal privato.

L'azione del potere pubblico, a basso tasso di legalità sostanziale in quanto veicolata da concetti giuridici indeterminati che si riferiscono spesso ad aspetti scientifici controversi o non verificabili empiricamente nell'assenza attuale di una legge scientifica di copertura, sembra esercitarsi in un contesto in cui i tradizionali confini tra opportunità e opinabilità, discrezionalità tecnica e merito amministrativo, tendono a sbiadire fino a rendersi indistinte.

In un tale quadro, quindi, al fine di non incidere sulla effettività e sulla pienezza di tutela del privato, il sindacato giurisdizionale si concentrerà sulle regole poste a presidio della fase

⁶⁵ In questo senso, per evitare di “approdare alle terre dell'arbitrio della tirannia è proprio al fatto e alla natura delle cose che l'amministrazione deve ancorarsi saldamente”, in F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, 2007.

⁶⁶ *Ex plurimis*, Cort. giust. CE del 5 maggio 1998, C-157/96, in cui nel caso noto come “mucca pazza” le decisioni assunte dalla Commissione in forza del principio di precauzione sono state ritenute legittime dal giudicante a motivo degli approfonditi accertamenti tecnici preliminarmente posti in essere.

procedimentale, nonché sulla valorizzazione dei principi di proporzionalità e di adeguatezza che devono guidare l'azione della pubblica amministrazione.

In tal modo si impedirà che la protezione delle esigenze connesse alla tutela dell'ambiente non si attui a detrimento di ulteriori interessi comprimari costituzionalmente tutelati.

Oltre ai c.d. strumenti di *command and control*, si apprezzano poi altri momenti di specialità che sembrano definire il particolare statuto della funzione amministrativa in materia ambientale, specialmente con riferimento al micro-sistema dei contratti pubblici⁶⁷ aggiudicati con le procedure di evidenza pubblica.

La normativa di settore, giunta ormai con il recepimento delle direttive 2014/23/UE-2014/24/UE-2014/25/UE, ha ormai definitivamente sancito il rilievo di vincolo interno della tutela ambientale all'interno del sistema del codice dei contratti pubblici.

Il rilievo della protezione dell'ambiente, infatti, non si colloca più come nel passato all'esterno della procedura quando era confinato alla fase della progettazione con la predisposizione dello studio di impatto ambientale o alla fase dell'approvazione del progetto definitivo con la valutazione di impatto ambientale o a livello di pianificazione territoriale, addirittura antecedente al progetto, con la valutazione ambientale strategica.

E' da sottolineare come questa forma di tutela indiretta o sub-procedimentale, limitata per altro ad una porzione dei contratti pubblici rappresentata dai contratti di appalto di lavori pubblici e che escludeva la considerazione del valore dell'ambiente dai criteri di scelta del contraente, sia stata definitivamente superata con l'approvazione del d.lgs. 50/2016.

⁶⁷ L'impostazione tradizionale distingue in tre categorie i contratti della pubblica amministrazione: contratti di diritto comune, contratti speciali e contratti ad oggetto pubblico o di diritto pubblico. I contratti di diritto comune posti in essere da una pubblica amministrazione non subiscono alterazioni dello schema civilistico anche se un delle parti è un soggetto pubblico. Nei contratti c.d. speciali, invece, alla struttura privatistica si affiancano norme pubblicistiche, di regola attributive di poteri speciali alla p.a. Rientrano in questa ipotesi, ad esempio, il contratto di appalto di opere pubbliche, l'appalto di servizi, il contratto di fornitura che dalla fine del 1800 hanno iniziato a subire momenti derogatori rispetto alla speculare disciplina di diritto civile. Essi rientrano nella disciplina del codice dei contratti pubblici ex d.lgs. 50/2016 e sono riconducibili, con i contratti di diritto comune, all'art. 1-bis l. 241/1990. La categoria dei contratti ad oggetto pubblico o di diritto pubblico si caratterizza per il collegamento esistente con provvedimenti amministrativi, di cui costituiscono un necessario completamento. A loro volta possono essere distinti in contratti accessivi a provvedimenti (es. concessioni-contratto), contratti ausiliari di provvedimenti (es. accordi integrativi ex art. 11 l. 241/1990) e contratti sostitutivi di provvedimenti (accordi sostitutivi ex art. 11 l. 241/1990). Va precisato come i contratti ad evidenza pubblica non individuino una categoria autonoma, ma rappresentano esclusivamente un modulo procedimentale, applicabile ai contratti ordinari, speciali e ad oggetto pubblico. Per l'approfondimento della ricostruzione cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, pp. 356 ss.; G.P. CIRILLO, *I contratti e gli accordi delle amministrazioni pubbliche*, in www.giustiziamministrativa.it; M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Torino, 2017.

Nel presente contesto normativo l'ambiente rileva in tutte le fasi di svolgimento della procedura di scelta del contraente, dalla determinazione dell'oggetto del contratto (le specifiche tecniche ex artt. 68-69 d.lgs. 50/2016), alla definizione dei criteri di selezione dei candidati (ex artt. 87 e 93), ai criteri di aggiudicazione (artt. 95-96), fino alla fase di esecuzione dell'appalto (ex art. 100).

Oltre all'obbligatorietà dei criteri ambientali minimi ex art. 34 d.lgs. 50/2016, peraltro già operativa con l'introduzione dell'art. 68-bis nel d.lgs. 163/2006 da parte della l. 221/2015 (c.d. collegato ambiente alla legge di stabilità 2014), l'intenzione del legislatore è rivolta verso la semplificazione della normativa esistente, l'aggiornamento della disciplina, la maggiore flessibilità dello strumento dell'appalto pubblico e il rafforzamento dei principi di trasparenza e di concorrenza.

Proprio in riferimento all'impostazione pro-concorrenziale, è da sottolineare come tutte le norme appena richiamate si inseriscano nelle coordinate ermeneutiche ricavabili dall'art. 30, comma 1. Il paradigma che sembra emergere è rappresentato dal riconoscimento espresso ed indiscusso della protezione dell'ambiente nel sistema degli appalti, ma altresì dalla considerazione di come questa non possa svolgersi con pregiudizio della *par condicio*, della trasparenza e della concorrenza.

Emerge, dunque, una soluzione di continuità rispetto al precedente quadro normativo (artt. 2, 40, 42, 44, 68, 69, 83, 93 in combinato con l'art. 2, comma 2, d.lgs. 163/2006) in cui soltanto il principio di economicità può essere subordinato alle ragioni di protezione sociale e ambientale, mentre, secondo la ricostruzione che qui si accoglie, la tutela della concorrenza continua a rappresentare un *prius* logico rispetto all'intera gamma di valori oggi compenetrati nel sistema degli appalti pubblici.

4.1. Diritto amministrativo ed interessi sensibili: il grado di resistenza degli interessi sensibili.

La semplificazione⁶⁸ rappresenta uno degli aspetti più rilevanti degli ultimi sviluppi del diritto amministrativo, come dimostrato dall'ultimo intervento legislativo (legge n. 124 del 2015 c.d. legge Madia) che è appunto una legge sulla semplificazione. A livello sistematico, tale rilievo sembra dimostrare una tendenza dell'equilibrio dell'ordinamento verso le esigenze della semplificazione.

Con riguardo agli interessi sensibili, invece, non pare possibile apprezzare una medesima linea di sviluppo.

In generale, quando si parla di semplificazione ci si riferisce alla necessità di ridurre gli oneri che caratterizzano una determinata fattispecie, che può essere processuale come anche quella procedimentale.

Si parlerà rispettivamente di semplificazione processuale e di semplificazione procedimentale.

La medesima tendenza verso la semplificazione procedimentale, si riscontra infatti anche sul piano processuale. La riprova di tale opzione ermeneutica si può individuare in alcune previsioni del codice del processo amministrativo, tra cui rilevano: la sentenza semplificata ex artt. 60 e 70 c.p.a., la possibilità di non integrare il contraddittorio quando il ricorso è manifestamente infondato, inammissibile o improcedibile ex art. 49, comma 2, c.p.a.

Gli istituti che rappresentano attuazione della semplificazione procedimentale si individuano nella conferenza di servizi (istituto di semplificazione e di concentrazione) e nella la scia (che nasce come istituto di semplificazione ma è oggi anche istituto di concentrazione con la c.d. scia unica ex art. 19-bis legge n. 241 del 1990).

⁶⁸ Negli ultimi anni l'ordinamento euro-unitario ha fatto della semplificazione dell'azione amministrativa lo strumento per l'affermazione delle libertà di stabilimento, di cui agli artt. 49 e 56 TFUE. La direttiva "relativa ai servizi nel mercato interno" (2006/1234 CE), ha imposto agli Stati membri l'adozione di principi di semplificazione amministrativa, in particolare mediante la limitazione dell'obbligo di autorizzazione preliminare ai casi in cui essa è indispensabile e l'introduzione del principio della tacita autorizzazione da parte delle autorità competenti allo scadere di un determinato termine, al fine di ovviare ad una delle principali difficoltà incontrate, soprattutto dalle PMI, nell'accesso alle attività di servizi e nel loro esercizio. Nel caso del diritto, informato ai principi di derivazione comunitaria come quello della prevenzione e della precauzione, si impone cautela nell'adozione di moduli procedurali sostitutivi della pronuncia espressa dell'amministrazione. Il silenzio-assenso in tali materie è ammissibile solo in quanto sostitutivo di provvedimenti vincolati o a basso tasso di discrezionalità e comunque non conformativi o in presenza di atti conformativi in via generale.

La semplificazione procedimentale opera così una riduzione degli oneri che caratterizzano il procedimento amministrativo ordinario come disciplinato dalla legge n. 241 del 1990, che divide lo stesso in più fasi (fase di avvio, fase di istruttoria, fase consultiva, fase decisoria).

Lo stesso codice dei contratti pubblici (d.lgs. 50 del 2016) attua le direttive 2014/23/UE, 2014/204/UE e 2014/25/UE anche rispetto all'obiettivo euro-unitario del divieto del c.d. *gold plating*, cioè il divieto di evitare un eccesso di regolazione non necessario, aspetto che, anche se non del tutto sovrapponibile, è molto connesso alla semplificazione.

Sempre a livello dell'Unione europea, la direttiva 2006/123/CE (direttiva *Bolkestein*) si fonda sul principio per cui l'autorizzazione come provvedimento espresso della pubblica amministrazione deve progressivamente ridursi, in quanto in omaggio ad una semplificazione procedimentale si deve favorire la formazione di provvedimenti taciti, una liberalizzazione che si realizza anche attraverso la semplificazione. Tuttavia, l'autorizzazione può essere necessaria quando si debba intervenire in relazione ad interessi sensibili, che di regola postulano come necessario l'approfondimento istruttorio (es. bene ambiente, bene salute), per i quali il provvedimento tacito espressione della semplificazione potrebbe risultare non idoneo.

Il nodo problematico è quello della individuazione dell'equilibrio tra ragioni della semplificazione e salvaguardia degli interessi sensibili.

La legge n. 241 del 1990 dimostra il rilievo generale delle esigenze della semplificazione già dall'art. 2, comma 1, con il provvedimento a motivazione semplificata quando l'istanza del privato è manifestamente infondata, improcedibile o inammissibile.

Oltre al provvedimento con motivazione semplificata, gli istituti della semplificazione si individuano di regola nella conferenza di servizi, nella scia, nel silenzio significativo (sia assenso che rigetto), nella motivazione *per relationem* nei limiti in cui è ammessa, e nell'art. 17-bis. Il legislatore, dunque, fermo restando il substrato comune della riduzione degli oneri, semplifica il procedimento amministrativo con modalità ed intensità differenti, che vanno dall'art. 2, comma 1, legge n. 241 del 1990 alla liberalizzazione parziale dell'art 19 della stessa legge, fino alla liberalizzazione assoluta in cui l'attività può iniziare con una mera comunicazione.

In ciascuno dei predetti istituti si pone il problema degli interessi sensibili, di come questi ultimi possano essere bilanciati con la semplificazione procedimentale. Il grado di resistenza varia rispetto a ciascun istituto espressione della semplificazione.

Gli interessi sensibili non sono espressamente definiti dal legislatore, ma la Corte costituzionale ha evidenziato che gli interessi sensibili rappresentano valori costituzionali primari, laddove per primari età si intende l'insuscettibilità di subordinazione rispetto ad ogni altro valore costituzionalmente tutelato.

Tale insuscettibilità significa però che l'interesse sensibile non possa essere subordinato unicamente rispetto al suo nucleo essenziale, ma tale rilievo non importa che, come il legislatore dimostra, a questi valori primari debba riconnettersi una sfera di tutela assoluta ed intangibile.

Tutti i valori costituzionali, anche quelli primari, sono affidati al giudizio di bilanciamento, operato talvolta in via diretta dallo stesso legislatore e talvolta dal giudice nell'ambito dell'esercizio delle sue funzioni.

Il considerando n. 56 della direttiva 2006/123/CE esprime proprio questo principio, laddove afferma che la presenza di interessi sensibili potrebbe giustificare l'applicazione di regimi di amministrazione restrittivi nel rispetto dei principi di necessità e di proporzionalità.

Una conferma di quella che è l'opzione ermeneutica che si accoglie sembra offerta a livello giurisprudenziale dalla Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che con sentenza n. 17 del 27 luglio 2016 si interroga sulla questione relativa alla resistenza dell'art. 13, comma 1, della legge n. 394 del 1991 (legge-quadro sulle aree protette) in relazione all'art. 20, comma 4, della legge n. 241 del 1990.

Viene affermata, infatti, l'inesistenza nel sistema di un principio di incompatibilità tra silenzio-assenso ed interessi sensibili. L'art. 20, comma 4, escludendo il rilievo dell'istituto del silenzio-assenso rispetto agli interessi sensibili non esprimerebbe un principio a carattere assoluto ed inderogabile. La semplificazione procedimentale sarebbe compatibile anche con il silenzio-assenso, quando ricorrano specifiche condizioni: l'accertamento sulla compatibilità dell'interesse sensibile sia a basso contenuto di discrezionalità o sia espressione di un'attività vincolata. Diversamente, riemergerebbe l'incompatibilità, richiedendosi una istruttoria

approfondita, quando l'attività della pubblica amministrazione sulla valutazione dell'interesse sensibile si caratterizza per un elevato tasso di discrezionalità.

Passando all'esame dell'art. 2, comma 1, seconda parte, della legge n. 241 del 1990, la disposizione rappresenta forse l'esempio meno problematico per l'interprete, in quanto qui non si pone la questione del possibile contrasto con interessi sensibili. L'ipotesi richiamata, infatti, fa riferimento ad una istanza infondata che autorizza la pubblica amministrazione a non motivare, mentre il problema del rilievo dell'interesse sensibile si pone quando la motivazione ha carattere necessario.

L'art. 20, comma 4, della legge n. 241 del 1990 prevede che il silenzio-assenso, nei rapporti verticali, non si forma con riguardo agli interessi sensibili, che la disposizione individua anche se non in modo esaustivo. Il legislatore dà in questo caso rilevanza assoluta agli interessi sensibili, prevalenza che si spiega in ragione delle peculiarità del silenzio significativo.

L'istituto è stato di recente oggetto di un parere⁶⁹ del Consiglio di Stato in cui ne ha evidenziato la portata di regola procedimentale a carattere generale, almeno a partire dal 2005. Il comma 4, nella sua rigidità, servirebbe, quindi, anche a compensare una tale generalizzazione, non potendo operare almeno con riguardo agli interessi sensibili. Sembra una norma di salvaguardia, una forma di tutela preventiva, che non sembra del tutto in linea con l'impostazione della Corte di giustizia e della Corte costituzionale.

L'art. 17-bis⁷⁰ conduce, invece, l'interprete verso una soluzione diametralmente opposta rispetto a quella appena esaminata.

Nel silenzio-assenso nei rapporti orizzontali, cioè tra pubbliche amministrazioni o tra queste e gestori di beni o servizi pubblici, il legislatore prevede la formazione del silenzio-assenso

⁶⁹ Parere del 13 luglio 2016, in cui il Consiglio di Stato afferma che l'istituto del silenzio-assenso non rappresenta un fenomeno fisiologico di svolgimento dell'azione amministrativa, ma rappresenta piuttosto un fenomeno patologico. Il meccanismo del silenzio-assenso dimostra, infatti, la contrarietà di fondo del legislatore verso l'istituto, che viene considerato come "la più grave delle sanzioni o il più efficace dei rimedi".

⁷⁰ F. DE LEONARDIS, *Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17 bis introdotto dalla legge Madia*, in *Federalismi*, 2015. Sul punto si veda anche A.M. SANDULLI, *Gli effetti diretti della legge 7 agosto 2015, n. 124 sulle attività economiche: le novità in materia di s.c.i.a., silenzio assenso e autotutela*, in *Federalismi*, 2015. Non altrettanto critico con la norma è F. SCALIA, *Il silenzio assenso nelle materie c.d. sensibili alla luce della riforma Madia*, in *Urb. app.*, 2016, p. 11, secondo il quale tale disposizione riporta a coerenza il sistema considerato che anche in sede di conferenza di servizi è previsto il meccanismo procedimentale del silenzio assenso. Sul problema del rapporto fra le due norme si vedano E. SCOTTI, *Silenzio assenso tra amministrazioni*, in ROMANO A. (a cura di), *L'azione amministrativa*, p. 566; F. APERIO BELLA, *Il silenzio assenso fra pubbliche amministrazioni (il nuovo art. 17 bis della l. n. 241/1990)*, in www.diritto-amministrativo.org (sito AIPDA).

anche rispetto agli interessi sensibili: nel confronto con l'ipotesi di cui all'art. 20, comma 4, l'impostazione cambia radicalmente.

L'art. 17-bis viene considerato un nuovo paradigma nei rapporti verticali, in quanto evita che l'inerzia tra pubbliche amministrazioni possa danneggiare le ragioni del privato. Secondo l'interpretazione del Consiglio di Stato, questo istituto completerebbe il disegno normativo sull'azione amministrativa, con l'obiettivo di "fluidificare" l'azione amministrativa.

La disposizione va posta in stretto collegamento con gli artt. 16-17 della legge n. 241 del 1990, per poter cogliere con profondità la *ratio* dell'impostazione. L'art. 17-bis è norma che riguarda i procedimenti di co-decisione, le decisioni pluristrutturate, a differenza degli altri due articoli richiamati che si riferiscono rispettivamente ai pareri obbligatori e delle valutazioni tecniche, relativi alla fase dell'istruttoria e non della decisione.

Le conclusioni che il legislatore raggiunge con riferimento agli artt. 16-17 in punto di superamento degli interessi sensibili cambiano proprio perché si collocano in una fase procedimentale differente rispetto a quella che investe l'art. 17-bis. Quest'ultimo si applicherà in via generalizzata, mentre l'istituto della conferenza di servizi troverà un'applicazione residuale, cioè quando sarà presente un dissenso espresso di una pubblica amministrazione.

La differenza delle soluzioni adottate tra rapporti verticali e rapporti orizzontali sembra potersi individuare nel rilievo della maggiore attenzione che deve investire le relazioni tra pubblica amministrazioni e privato rispetto a quelle tra più pubbliche amministrazioni, in cui l'interesse sensibile può considerarsi maggiormente tutelato. Secondo una differente opzione ricostruttiva, l'aporia presente tra i due tipi di rapporti evidenzerebbe tutta l'illogicità del tessuto normativo. Anche l'istituto della conferenza di servizi pone problemi di compatibilità con gli interessi sensibili. Ma in questo caso il legislatore non accoglie nessuno dei due estremi esaminati: né la soluzione dell'art. 20, comma 4, che offre una prevalenza assoluta agli interessi sensibili, né l'impostazione dell'art. 17-bis che si muove in una logica di equiordinazione tra interessi sensibili ed interessi ordinari. Nella conferenza di servizi, infatti, gli interessi sensibili si colorano di una loro specificità, al punto che un istituto geneticamente fondato su ragioni di semplificazione e di concentrazione incontra un aggravio procedimentale, che però non comporta mai che l'interesse sensibile possa essere in astratto ostativo alla definizione. Il risultato dell'art. 20, comma 4, nella conferenza di servizi non si raggiunge mai, così come non

si raggiunge il risultato dell'art. 17-bis, in quanto attraverso un aggravio procedimentale gli interessi sensibili rilevano in modo più evidente.

Rispetto al passato, la riforma dell'istituto della conferenza di servizi⁷¹ in attuazione della c.d. legge Madia ha introdotto una serie di novità, tra cui interessa ai fini della presente indagine l'art. 14, comma 4, della legge n. 241 del 1990. Soltanto nell'ipotesi del comma 4, relativa alla VIA, la conferenza di servizi come modulo organizzativo di gestione del pubblico interesse è obbligatoriamente sincronica, mentre resta invariata la regola della adozione della determinazione conclusiva con decisione a maggioranza qualitativa e non quantitativa. In base alla tipologia di interessi in gioco, la pubblica amministrazione deve dare prevalenza a quelli qualitativamente più importanti, trovando quindi gli interessi sensibili un maggiore riconoscimento proprio a ragione del tipo di meccanismo di adozione del provvedimento finale della conferenza di servizi.

In caso di VIA, inoltre, la protezione dell'interesse sensibile sembra massima, in quanto quasi sempre quella autorità concluderà la conferenza di servizi in linea con l'interesse ambientale di cui è portatrice.

Tuttavia, può accadere, come dimostra l'art. 14-quinquies, che questa rilevanza abbia la stessa latitudine di rilevanza al di fuori delle ipotesi che rientrano nel perimetro applicativo dell'art. 14, comma 4. In questi casi può accadere che i dissensi espressi dalle autorità preposte alla cura

⁷¹ Per una trattazione generale dell'istituto della conferenza di servizi si rinvia a: M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2001; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989; S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003; E. CASETTA- F. FRACCHIA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2016; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2017; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2017; M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*; F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Torino, 2017; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2017; R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2016; R. GAROFOLI-G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Molfetta, 2016; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2016.

Per una trattazione specifica cfr.: M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Torino, 2017; R. GIOVAGNOLI-M. FRATINI, *Le nuove regole dell'azione amministrativa al vaglio della giurisprudenza*, Milano, 2007; F. CARINGELLA, *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2006 e n. 80/2005*, Milano, 2005; F.G. SCOCA, *Analisi giuridica della conferenza di servizi*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 262.; S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 621; D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Torino, 2002; G. PAGLIARI, *La conferenza di servizi*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, p. 608; E. SCOTTI, *La conferenza di servizi*, in ROMANO A., (a cura di), *L'attività amministrativa*, Torino, 2015, pp. 458 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa*, in *ASTRID Rassegna*, 4/2005; M. SANTINI, *La conferenza di servizi dopo la riforma Madia: questioni di (ulteriori) norme o di cultura?*, in *Urb. app.*, 2016, p. 129; R. DIPACE, *La resistenza degli interessi sensibili nella nuova disciplina della conferenza di servizi*, in www.federalismi.it, 2016.

degli interessi sensibili non siano tali da condurre ad una conclusione negativa della conferenza di servizi. Ciò dimostra che gli interessi sensibili non hanno una protezione assoluta, essendo necessario che l'interesse pubblico sia determinato in concreto, non in astratto, nell'incedere dell'attività amministrativa e nel contemperamento con gli altri interessi che si attualizzano nel caso specifico.

L'art. 14-quater prevede poi espressamente il meccanismo del silenzio-assenso nel caso di inerzia delle autorità convocate nella conferenza di servizi. Il predetto meccanismo sembra che operi anche qualora l'inerzia sia riconducibile alle autorità preposte alla cura di interessi sensibili, in ragione del rilievo per cui dalla lettura dell'art. 14-quinquies emergerebbe un *favor* per le ragioni della semplificazione in quanto per l'attivazione di quest'ultima previsione è necessario che in sede di conferenza l'autorità portatrice dell'interesse sensibile esprima un dissenso circostanziato; inoltre un ulteriore dato indicativo della riferita impostazione ermeneutica si desumerebbe dalla brevità del termine di dieci giorni per proporre l'opposizione.

La disciplina dimostra quindi come la tenuta della protezione degli interessi sensibili nella conferenza di servizi va verificata in concreto, rifuggendosi dagli opposti paradigmi rappresentati dall'art. 20, comma 4, e dall'art. 17-bis, in modo coerente con i caratteri peculiari e funzionali dell'istituto.

Nel percorso di valutazione della tenuta degli interessi sensibili, residua l'esame della disciplina legislativa della scia.

L'art. 19, infatti, pone problemi di compatibilità con gli interessi sensibili, ma rappresentando questa ipotesi punti di contatto con l'istituto del silenzio-assenso in quanto si sottendono rapporti verticali in cui di regola l'interesse meramente privato non può giustificare la prevalenza rispetto a valori primari dell'ordinamento, a differenza dei casi di cui agli artt. 14 e 17 bis in cui la prevalenza non è assoluta perché sono in gioco più interessi sensibili anche antagonisti, l'interesse sensibile tendenzialmente deve prevalere.

Prima della riforma del 2016 che ha interessato anche la scia era previsto un potere di intervento a carattere interdittivo ed esercitabile senza limiti temporali, quando l'attività oggetto della scia era in contrasto con i valori fondamentali costituzionalmente tutelati. La

rilevanza dell'interesse sensibile prevaleva sul consolidamento delle situazioni giuridiche soggettive.

Oggi, venuto meno il potere interdittivo, residuano in capo alla pubblica amministrazione i seguenti strumenti di intervento: invito a conformare l'attività, potere di sospensione dell'attività, potere di inibizione, potere di controllo secondo le condizioni dell'art. 21-nonies e potere sanzionatorio nel caso in cui la scia si fondi su dichiarazioni false. Il problema, dunque, è cercare di comprendere a livello sistematico le conseguenze del venir meno del potere interdittivo.

L'art. 19, comma 3, seconda parte, e comma 4 impone alla pubblica amministrazione rispettivamente di disporre la sospensione dell'attività che sia in contrasto con l'ambiente, venendo dunque meno il potere di conformazione della stessa, ma in assenza dell'esercizio del potere inibitorio o di quelli ex art. 21-nonies, o di un controinteressato che solleciti l'intervento, non sarà più possibile la salvaguardia degli interessi sensibili.

In definitiva, la logica che presiede la tutela degli interessi sensibili è ulteriormente differente rispetto alle ipotesi analizzate in precedenza, perché la semplificazione procedimentale di cui la scia è espressione cede il passo a fronte della protezione di valori fondamentali, ma il decorso dei diciotto mesi dalla scadenza del termine del potere d'intervento in via inibitoria produrrà il consolidamento delle posizioni giuridiche con la prevalenza dell'affidamento rispetto alla tutela di valori primari come l'ambiente.

5. Governare per contratto nell'evoluzione della legislazione ambientale: beni comuni e economia circolare nella prospettiva di un nuovo modello di pubblica amministrazione. Verso uno Stato "circolare"⁷².

Il percorso evolutivo della tutela ambientale⁷³ consente di comprendere le ragioni del contemporaneo sviluppo delle teorie dei beni comuni e dell'economia circolare con l'integrazione delle politiche orizzontale all'interno dei contratti pubblici.

L'evoluzione della normativa nazionale in materia ambientale può essere suddivisa in almeno tre fasi.

Nella fase iniziale, che va dagli anni Venti fino agli anni Sessanta, l'ambiente non ha una sua autonoma configurazione e la sua tutela è indiretta ed occasionale in quanto conseguenza della protezione di altri beni-interessi, connessi alla efficiente gestione, sotto il profilo economico-produttivo di altre risorse naturali (espansione urbana, assetto idrogeologico, etc.).

La seconda fase, che va dal finire degli anni Sessanta a metà degli anni Ottanta, vede la definizione di discipline specifiche⁷⁴ rivolte alla protezione diretta degli equilibri ambientali, che iniziano ad assumere il carattere di valore autonomo rispetto ad altri interessi pubblici oggetto di tutela. Non sembra una mera causalità che detta fase storica coincida da un lato con il processo normativo comunitario, ma per ciò che qui più interessa sottolineare, con la crisi dei modelli dell'impresa pubblica e del sistema di governo delle partecipazioni statali dall'altro⁷⁵.

La transizione dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore segna, infatti, tanto l'ingresso delle politiche orizzontali nella regolazione pubblica, con strumenti di *command and control*

⁷² Per l'espressione "Stato circolare" Cfr. F. DE LEONARDIS, , *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?*, in *Dir. Ammin.*, 2017.

⁷³ Per la ricostruzione storica dell'evoluzione normativa della tutela ambientale Cfr. P. BONACCI, *La razionalizzazione della normativa in materia ambientale: profili problematici e prospettive alla luce della più recente evoluzione legislativa*.

⁷⁴ Si citano, a titolo esemplificativo: nel settore della prevenzione dell'inquinamento del suolo, il decreto del Presidente della Repubblica 10 settembre 1982, n. 915, con il quale è stata data attuazione a tre direttive comunitarie concernenti la disciplina dello smaltimento dei rifiuti; per quanto attiene alla tutela della qualità dell'aria e alla prevenzione dell'inquinamento prodotto dagli impianti industriali, la cosiddetta legge "antismog" n. 615 del 1966 e, successivamente, il decreto del Presidente della Repubblica 24 maggio 1988, n. 203; in materia di prevenzione dell'inquinamento idrico, la legge n. 319 del 1976, che fissa i limiti di accettabilità degli scarichi nelle acque, e la legge n. 979 del 1982 sulla difesa del mare; infine, per quanto concerne la protezione dei beni ambientali e paesaggistici, la c.d. legge Galasso n. 431 del 1985.

⁷⁵ Per un'approfondita trattazione del processo storico-normativo di privatizzazione Cfr. M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. Ammin.*, 1995.

e/o strumenti di mercato, quanto l'affermazione dell'interesse per i c.d. beni comuni⁷⁶ in ragione dell'avvertita necessità di un controllo dell'azione dei soggetti privati affinché, oltre allo scopo di lucro, nella realizzazione dei fini istituzionali degli enti privati vengano perseguiti anche fondamentali obiettivi di interesse generale.

Alla seconda metà degli anni Ottanta si riconduce una fase ulteriore in cui l'ambiente, grazie anche l'opera svolta dalla giurisprudenza costituzionale⁷⁷, assurge a bene unitario, a sistema composito ma fortemente integrato nelle sue parti. Proprio negli stessi anni si colloca, sul versante della disciplina comunitaria, il recepimento da parte dell'art. 130R dell'Atto Unico Europeo del principio di integrazione. Inizia così il progressivo avvicinamento tra disciplina ambientale e disciplina degli appalti pubblici. Questi ultimi dall'originaria matrice contabilistica⁷⁸ che, dalle leggi di contabilità dello Stato dell'Ottocento fino a quelle degli anni Ottanta, guardava unicamente agli interessi della pubblica amministrazione al fine di assicurarle le condizioni economiche più favorevoli senza aver cura del versante dell'offerta da parte delle imprese, iniziano ad essere configurati secondo un differente paradigma, rappresentando uno strumento di protezione di interessi ulteriori rispetto al tradizionale principio di economicità.

Questo trapasso di tipo funzionale, interno alla materia degli appalti pubblici, ha segnato, infatti, non un mero epifenomeno nella costruzione di nuovi modelli contrattuali, ma ha importato dapprima la costituzione sul piano sostanziale di situazioni giuridiche soggettive, prima esterne e non tutelabili in quanto il complesso di norme aveva la funzione esclusiva di tutelare l'interesse pubblico a cui non potevano così contrapporsi posizioni aventi la

⁷⁶ Sul tema dei c.d. beni comuni Cfr. S. RODOTA', *Il diritto di avere diritti*, 2012; S. RODOTA', *Il valore dei beni comuni*, in www.acquabenecomune.org; A. SOMMA, *Democrazia economica e diritto privato. Contributo alla riflessione sui beni comuni*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2011; S. NESPOR, *L'irresistibile ascesa dei beni comuni*, in www.federalismi.it; U. MATTEI, *Beni comuni*, 2011; P. CHIRULLI, *I beni comuni, tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*, in www.giustamm.it; C. DONOLO, *Qualche chiarimento in tema di beni comuni*, in *Lo straniero*, 2012; A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, 2013; V. CERULLI IRELLI – L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi Riflessioni de iure condendo su un dibattito in corso*, 2014; G. FIDONE, *Proprietà pubblica e beni comuni*, 2017.

⁷⁷ Di particolare rilievo sono, nel senso indicato, le sentenze della Corte costituzionale n. 210/1987 e 641/1987. In quest'ultima, la Corte configura l'ambiente come "bene immateriale unitario sebbene con varie componenti, ciascuna delle quali può anche costituire, isolatamente e separatamente, oggetto di cura e di tutela, ma tutte nell'insieme sono riconducibili ad unità".

⁷⁸ Sull'evoluzione dei modelli contrattuali nella materia degli appalti pubblici Cfr. M. CLARICH, *I modelli contrattuali*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comun.*, 2017; Id., *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. Ammin.*, 2016; Id. *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, in *Rivista giuridica del mezzogiorno*, 2016.

consistenza di interesse legittimo, e successivamente il recepimento di politiche orizzontali secondo la logica del c.d. *procuring for value*⁷⁹.

Tale ultimo sviluppo segna così il definitivo collegamento delle due linee di sviluppo, rispettivamente degli appalti pubblici e della disciplina dell'ambiente. L'integrazione, di cui l'obbligatorietà dei criteri ambientali nel d.lgs. 50/2016 rappresenta una eloquente espressione, sembra porsi, a livello di sistema, nella direzione della creazione del c.d. Stato "circolare".⁸⁰

Il *favor* per i prodotti circolari attraverso le procedure di appalto concorre, infatti, a stabilire una interconnessione tra pubbliche amministrazioni e tra funzioni amministrazioni, siano queste attive, consultive o di controllo. L'uso strategico degli appalti pubblici, secondo la prospettiva dei c.d. SDGs⁸¹ dell'Agenda globale per lo sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite, ha così come presupposto strutturale una rivisitata nozione di pubblica amministrazione, una nuova dimensione istituzionale integrata ed interconnessa in grado di curare i vari interessi pubblici secondo una prospettiva olistica verso gli obiettivi della crescita

⁷⁹ Per approfondimenti sulla logica del *procuring for value* Cfr. D. KASHIWAGI – J. SAVICKY, *The cost of best value construction*, in *Journal of facilities management*, 2003; A. STORTEBOOM – P. WONDIMU – J. LOHNE – O. LEDRE, *Best value procurement. The practical approach in The Netherlands*, in *Procedia computer science*, 2017.

⁸⁰ Sull'elaborazione della teoria dello Stato "circolare" e per gli approfondimenti sulla materia dell'economia circolare nella sua prospettiva giuridica Cfr. F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?*, in *Dir. Ammin.*, 2017; Id., *La disciplina dell'ambiente tra Unione europea e WTO*, in *Dir. Ammin.*, 2004.

⁸¹ Il 25 settembre 2015, le Nazioni Unite hanno approvato l'Agenda Globale per lo sviluppo sostenibile e i relativi 17 Obiettivi di sviluppo sostenibile (*Sustainable Development Goals* – SDGs nell'acronimo inglese), articolati in 169 Target da raggiungere entro il 2030. È un evento storico, sotto diversi punti di vista. Infatti:

- È stato espresso un chiaro giudizio sull'insostenibilità dell'attuale modello di sviluppo, non solo sul piano ambientale, ma anche su quello economico e sociale. In questo modo, ed è questo il carattere fortemente innovativo dell'Agenda, viene definitivamente superata l'idea che la sostenibilità sia unicamente una questione ambientale e si afferma una visione integrata delle diverse dimensioni dello sviluppo;
- tutti i Paesi sono chiamati a contribuire allo sforzo di portare il mondo su un sentiero sostenibile, senza più distinzione tra Paesi sviluppati, emergenti e in via di sviluppo, anche se evidentemente le problematiche possono essere diverse a seconda del livello di sviluppo conseguito. Ciò vuol dire che ogni Paese deve impegnarsi a definire una propria strategia di sviluppo sostenibile che consenta di raggiungere gli SDGs, rendicontando sui risultati conseguiti all'interno di un processo coordinato dall'Onu;
- l'attuazione dell'Agenda richiede un forte coinvolgimento di tutte le componenti della società, dalle imprese al settore pubblico, dalla società civile alle istituzioni filantropiche, dalle università e centri di ricerca agli operatori dell'informazione e della cultura.

"The new agenda is a promise by leaders to all people everywhere. It is an agenda for people, to end poverty in all its forms – an agenda for the planet, our common home" (BAN KI-MOON, Segretario Generale delle Nazioni Unite)

Il processo di cambiamento del modello di sviluppo verrà monitorato attraverso un complesso sistema basato su 17 Obiettivi, 169 Target e oltre 240 indicatori. Sarà rispetto a tali parametri che ciascun Paese verrà valutato periodicamente in sede Onu e dalle opinioni pubbliche nazionali e internazionali.

sostenibile. Ciò non significa subordinazione di tutti gli altri interessi e principi che entrano in gioco soprattutto nel sistema degli interessi pubblici, ma al contrario un paradigma di governo per contratto esercitato nella necessità di contemperarli ed integrarli secondo un approccio caso per caso.

CAPITOLO II

Appalti pubblici: l'integrazione degli interessi ambientali nella contrattazione pubblica.

L'interesse ambientale da vincolo tradizionalmente esterno a vincolo interno dell'evidenza pubblica.

Sommario: **1.** I principi promossi dalle politiche sugli appalti delle Organizzazioni internazionali. **2.** Le prime generazioni delle norme europee sugli appalti pubblici ed i principi sviluppati dalla Corte di giustizia. **3.** Le direttive 2004/177/CE - 2004/18/CE. **3.1.** L'identificazione dei bisogni. **3.2.** La descrizione dell'oggetto del contratto. **3.3.** Le specifiche tecniche. **3.4.** I criteri di qualificazione. **3.5.** I criteri di aggiudicazione. **3.6.** Le condizioni di esecuzione. **3.7.** Le principali barriere per l'affermarsi del *green procurement* nelle direttive del 2004. **4.** Evoluzione della legislazione interna in materia di appalti pubblici. **5.** La disciplina del d.lgs. 163/2006 e l'evoluzione del *green procurement*. **5.1.** I criteri ambientali nella definizione dell'oggetto del contratto. **5.2.** I criteri ambientali nella fase di ammissione. **5.3.** I criteri ambientali nella fase di aggiudicazione. **5.4.** I criteri ambientali nella fase di esecuzione. **6.** Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione (PAN GPP).

1. I principi promossi dalle politiche sugli appalti delle Organizzazioni internazionali.

I principi emersi a livello internazionale, prima ancora di essere formalmente recepiti dalla normativa comunitaria e nazionale, sono stati accompagnati da una serie di provvedimenti, provenienti da altre organizzazioni internazionali, alcuni giuridicamente vincolanti, altri con valore di mera raccomandazione per persuadere le autorità nazionali e orientarne la prassi amministrativa, in modo da permettere la diffusione di politiche degli appalti più rispettose dell'ambiente.

L'OCSE, sulla spinta della Conferenza di Rio del 1992 prima e della Conferenza Mondiale di Johannesburg dopo, si è dimostrata molto sensibile alla tematica degli acquisti sostenibili già a partire dal 1996 con *Recommendation of the Council on Improving the Environmental*

*Performance of Government*⁸²; infatti ha provveduto ad emanare nel 2000 una Guida Verde per gli acquisti delle Pubbliche Amministrazioni⁸³. Nel Gennaio del 2002, facendo seguito alla Strategia Ambientale per la prima decade del XXI secolo⁸⁴, pubblicata nel 2001, ha prodotto un documento contenente una serie di raccomandazioni rivolte ai propri Paesi membri affinché prestino particolare attenzione all'inserimento di criteri di preferibilità ambientale all'interno dei propri appalti pubblici di prodotti e servizi senza costituire indebiti ostacoli al commercio internazionale⁸⁵.

Dalle raccomandazioni si evince che i Paesi membri devono adottare misure atte a garantire l'integrazione di criteri ambientali negli appalti pubblici di prodotti e servizi, garantendo al contempo la trasparenza, la non discriminazione e la concorrenza attraverso un quadro politico opportuno, la fruizione di informazioni e strumenti che facilitino e incoraggino gli acquisti pubblici verdi (*greener public purchasing*). Nel 22 marzo 2007 il Consiglio dell'OCSE ha pubblicato un rapporto⁸⁶, sullo stato di avanzamento nell'implementazione di dette raccomandazioni. Tra i Paesi membri dell'Organizzazione⁸⁷ che hanno risposto al questionario di valutazione, 19 su 30 hanno dichiarato un miglioramento delle politiche relative al *GPP* in

⁸² OCSE, *Recommendation of the Council on Improving the Environmental Performance of Government*, del 20 Febbraio 1996, C(96)39/FINAL, dove si legge: "Recommends that Member countries should develop and apply strategies for continually improving the environmental performance of their governments by integrating environmental considerations into all facets of government operations and facilities, including related decision-making processes" e "Encourage the efficient and optimal use and conservation of natural resources and minimise the generation of waste in the design, construction, renovation and decommissioning of government buildings and facilities"

⁸³ OCSE, *Guida verde per gli acquisti delle pubbliche amministrazioni: problemi e soluzioni pratiche*, edizione italiana a cura di DEMO – ambiente e territorio, 2002.

⁸⁴ OCSE, *Environmental Strategy for the First Decade of the 21st Century*, del 16 Maggio 2001, adottata dai Ministri dell'ambiente dei paesi membri dell'OCSE, dove si legge: Governments should also lead the way through green public procurement practices, encouraging demand for green products, and through the consideration of the environmental impacts of infrastructure developments, consultabile alla pagina web:<http://www.oecd.org/env/indicators-modelling-outlooks/1863539.pdf>

⁸⁵ OCSE, *Recommendation of the Council on Improving the Environmental Performance of Public Procurement*, 23 Gennaio 2002, C(2002)3, dove si legge: that Member countries take greater account of environmental considerations in public procurement of products and services (including, but not limited to, consumables, capital goods, infrastructure, construction and public works), in order to improve the environmental performance of public procurement, and thereby promote continuous improvement in the environmental performance of products and services, in <http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=46&InstrumentPID=43&Lang=en&Book=ok=False>

⁸⁶ OCSE, *Improving the environmental performance of public procurement: report on implementation of the Council recommendation*, 2007

⁸⁷ Australia, Austria, Belgium, Canada, Czech Republic, Denmark, Finland, France, Italy, Japan, Korea, Mexico, Netherlands, New Zealand, Norway, Sweden, Switzerland, United Kingdom and United States.

quei Paesi che già li avevano adottati e sono state introdotte nelle agende dei Governi che non le avevano ancora previste⁸⁸. È emerso, dal rapporto, che tra i maggiori ostacoli all'implementazione delle politiche e dei programmi di GPP vi sono stati, non tanto gli eventuali costi aggiuntivi legati all'uso dello strumento in questione, quanto piuttosto la mancanza di sostegno politico da parte dei Governi. Il GPP è risultato, tuttavia, uno strumento inadatto per imprimere una sensibile accelerazione alla diffusione degli appalti verdi. Stati Uniti e Olanda hanno comunicato che le politiche di GPP fanno parte di una più ampia politica di sviluppo sostenibile e non di una politica in sé. Il Giappone, invece, ha indicato che bisogna inserire sistematicamente considerazioni ambientali nelle decisioni in materia di appalti pubblici e di applicare il GPP come una politica *'stand-alone'*, ossia che funzioni autonomamente.

Dal rapporto, con specifico riferimento agli aspetti regolamentari, è emerso che spesso i limiti ad una rapida diffusione del GPP nelle Pubbliche Amministrazioni, sono rappresentati non tanto dall'esistenza di obblighi normativi legati all'implementazione dello strumento, quanto piuttosto alla scarsa chiarezza del quadro legislativo a questi applicabili e dal correlato timore, da parte dei dirigenti pubblici responsabili nelle procedure di gara d'appalto, di poter incorrere in eventuali responsabilità⁸⁹.

Nelle conclusioni del rapporto è emerso che la chiave per il successo del GPP fosse il coordinamento tra i livelli di governo, l'istruzione e la formazione dei soggetti responsabili e l'ampia diffusione delle migliori pratiche.

L'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC), anche se non si è occupata di GPP, in quanto non rientra tra i propri compiti istituzionali il perseguimento di politiche di sviluppo sostenibile, è riuscita a produrre, negli ultimi anni, importanti risultati nel settore degli appalti pubblici ritenendoli fondamentali per raggiungere elevati risparmi per gli Stati ma anche per l'incremento dei commerci internazionali⁹⁰.

⁸⁸ OCSE, *Improving the environmental performance of public procurement: report on implementation of the Council recommendation*, 2007, introduzione p.to 3, consultabile alla pagina web: <http://search.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=en/epoc/wpnep%282006%296/final>

⁸⁹ OCSE, *Improving the environmental performance of public procurement: report on implementation of the Council recommendation*, p.to 59.

⁹⁰ BELLOMO G., *Il Green Public*, op. cit.

L'OMC, il cui compito istituzionale è lo sviluppo degli scambi di servizi, non include tra le sue priorità la salvaguardia di valori quali la tutela dell'ambiente, ma si limita a suggerire il rispetto degli obiettivi in materia di tutela ambientale di politica nazionale, autonomamente stabiliti dai singoli Stati membri⁹¹.

Fra i vari tipi di atti che regolano i contratti delle amministrazioni a livello internazionale, quello più importante e condiviso dal maggior numero di paesi è il *Government Procurement Agreement* (GPA)⁹², approvato dall'OMC nel 1994, fino ad allora l'unico accordo commerciale plurilaterale giuridicamente vincolante per i Governi firmatari⁹³, stipulato a Marrakech, a conclusione dell'*Uruguay Round*, dotato anche di un apposito Panel⁹⁴ chiamato a garantire il rispetto (*compliance*) dello stesso GPA.

Il GPA aveva l'obiettivo di aprire al libero mercato un volume di affari di centinaia di milioni di dollari⁹⁵. Si trattava dei contratti di appalti pubblici di fornitura, già previsti dall'accordo del 1979, estendendoli anche agli appalti di beni e servizi. Questo d'applicazione non solo alle amministrazioni centrali, ma anche agli enti territoriali substatali o periferici, quali, ad esempio gli Stati federati di paesi federali, le provincie e i comuni, nonché enti pubblici o soggetti al controllo pubblico. Il GPA, che non contiene alcun riferimento esplicito alla protezione dell'ambiente, è stato generalmente riconosciuto come non ostativo all'inserimento di specifiche tecniche a carattere ambientale. Tali specifiche tecniche devono essere individuate in base a *standards* internazionali riconosciuti o equivalenti sotto il profilo funzionale, come quelli dell'*International Standardisation Organization* (ISO), del Comitato europeo di normalizzazione (Cen) e dell'*American Society for Testing and Materials* (Astm), a condizione

⁹¹ SPAGNUOLO F., *I servizi pubblici nell'ordinamento internazionale: l'OMC e l'Accordo generale sul commercio dei servizi*, in *Il diritto dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e l'ordinamento comunitario*, a cura di A. MASSERA, Pisa, 2004.

⁹² Marrakech 15 Marzo 1994, entrato in vigore il 1 Gennaio 1996. Tale accordo è figlio di un processo avviato nel Tokyo Round of Trade Negotiations, che portò alla firma del primo accordo in materia di appalti pubblici e che fu firmato nel 1979, ed entrò in vigore nel 1981. Ad esso aderiscono 12 paesi oltre all'Unione Europea:

⁹³ Oltre all'Unione Europea sono firmatari dell'accordo gli Stati Uniti, il Canada, il Giappone, Israele, la Corea del Sud, la Norvegia e la Svizzera.

⁹⁴ L'accordo di GPA, prevede la possibilità di contestare violazioni del medesimo accordo, non di altre regolazioni internazionali o norme nazionali attuative dell'accordo. Nei ricorsi per violation complaint, il GPA impone agli ordinamenti statali soltanto di garantire la riparazione della violazione dell'accordo o il risarcimento del danno o del lucro cessante.

⁹⁵ TREPTE P., *The Agreement on Government Procurement, in The World Trade Organization: legal, economic and political analysis*, a cura di P.F.J. MACRORY, A.E. APPLETON, M.G. PLUMMER, pp. 1124. Il valore del mercato degli appalti pubblici rilevante, ammonta a circa trecento cinquanta miliardi di dollari annui.

che si applichino i principi di parità di trattamento e non discriminazione e che i criteri adottati siano sufficientemente oggettivi e verificabili. Il GPA prevede di rendere giuridicamente vincolanti gli standard individuati e accertati in concreto, a differenza dei standard generali che non comportano, effetti giuridici vincolanti, poiché solo attraverso le raccomandazioni delle Organizzazioni Internazionali essi sono consigliati agli Stati.

Gli Stati membri che hanno preso parte nel 1994 al GPA, hanno deciso di avviare un processo di revisione dell'accordo, completato a Ginevra il 30 Marzo 2012 ed entrato in vigore il 6 aprile 2014⁹⁶. L'accordo rivisto semplifica e modernizza il testo originario, per esempio tenendo in debita considerazione l'uso diffuso di strumenti elettronici di appalto (*e-procurement*), il rafforzamento di pratiche preventive di corruzione e l'uso di procedure di acquisto trasparenti e concorrenziali nei sistemi di approvvigionamento dei Governi.

Il GPA in vigore, rafforza inoltre il campo di applicazione previsto dall'accordo originale per promuovere la conservazione delle risorse naturali e proteggere l'ambiente attraverso l'applicazione di opportune specifiche tecniche, comprendendo l'utilizzo di marchi ed eco-etichettature. Prevede criteri di valutazione, parte integrante dei documenti di gara, che facciano riferimento oltre al prezzo, ad altri fattori, quali la qualità, il pregio tecnico, le caratteristiche ambientali e le condizioni di consegna⁹⁷.

Le Nazioni Unite hanno creato un programma per l'ambiente (UNEP) a seguito della conferenza di Stoccolma del 1972, primo organo internazionale con competenze specifiche nel settore dell'ambiente, con funzioni operative e di studio per la fornitura di assistenza tecnica agli Stati in via di sviluppo, compreso il settore della legislazione ambientale. Il programma ha il compito di adottare atti non vincolanti (raccomandazioni e linee guida) e progetti di convenzioni internazionali da sottoporre alla ratifica degli Stati⁹⁸.

⁹⁶ Le dieci parti che hanno, ad oggi, approvato il Protocollo di modifica dell'accordo sono, nell'ordine: Liechtenstein; Norvegia; Canada; Taipei cinese; Stati Uniti; Hong Kong cinese; l'Unione Europea con i suoi 28 Stati Membri; Islanda; Singapore e Israele. Oltre ai 43 membri dell'OMC che hanno partecipato già al GPA, altri dieci membri dell'OMC, tra cui Cina, Moldavia, Montenegro, Nuova Zelanda e Ucraina, sono nel processo negoziale per l'adesione ad esso. http://www.wto.org/english/news_e/news14_e/gpro_11mar14_e.htm

⁹⁷ Revised Agreement on Government Procurement, art. X. Technical Specifications and Tender Documentation, punto 9 <*The evaluation criteria set out in the notice of intended procurement or tender documentation may include, among others, price and other cost factors, quality, technical merit, environmental characteristics and terms of delivery*>.

⁹⁸ MARCHISIO S., *Il diritto internazionale dell'ambiente*, in *Diritto Ambientale*, a cura di G.CORDINI - P.FOIS - S. MARCHISIO, Torino, 2005.

Nel 2008 l'UNEP, attraverso un partenariato con il Governo svizzero, la Commissione Europea e l'Organizzazione Internazionale della Francofonia (OIF) ha promosso un progetto pilota intitolato “*Capacity Building for Sustainable Public Procurement in Developing Countries*” per sensibilizzare e implementare la metodologia sviluppata dalla Task Force di Marrakech sugli appalti pubblici sostenibili (SPP)⁹⁹ nel periodo 2009-2012 per 7 paesi: Cile, Colombia, Costa Rica, Libano, Maurizio, Tunisia e Uruguay. Il progetto ha prodotto una serie di risultati importanti, tra i quali, la costituzione di linee guida da utilizzare per la realizzazione della procedura di SPP e la formazione della metodologia da sviluppare per misurare gli impatti dello sviluppo sostenibile e del cambiamento del mercato.

Secondo il rapporto finale (*Sustainable Public Procurement: a global review*)¹⁰⁰, presentato dall'UNEP nel 2013, sono state approfondite le politiche di GPP o SPP, le strategie e i piani d'azione, includendo, tra i temi principali, il bilanciamento dei criteri economici, sociali e ambientali nell'aggiudicazione per l'affidamento dell'appalto¹⁰¹.

Tra i 64 governi nazionali che hanno fornito informazioni, 43 hanno attuato tramite un ente o istituto nazionale politiche di GPP o SPP, ma sulla base delle informazioni fornite è difficile trarre conclusioni in termini assoluti. Non tutte le politiche nazionali assumo la stessa forma, possono essere attuate mediante decreti, regolamenti, ordini esecutivi e piani d'azione nazionali. Dal rapporto si evidenzia la consapevolezza dell'utilità degli strumenti di *public procurement*, soprattutto nei paesi in cui c'è un maggior impegno nella salvaguardia e nella tutela dell'ambiente. Al contrario di quanto accade nei PVS in cui la più grande difficoltà verte ancora sulla definizione e formazione dell'appalto in generale piuttosto che sulla possibilità di introdurre criteri extra economici nelle procedure d'appalto. La mancanza di una definizione chiara di ciò che possiamo chiamare “prodotto green” e la confusione riguardo ai benefici che derivano dall'utilizzo del GPP/SPP sono le principali difficoltà che possono incontrare le

⁹⁹ Il Task Force di Marrakech è un meccanismo di cooperazione volontaria guidato dai governi, in collaborazione con partner diversi, sia dei paesi sviluppati che in via di sviluppo, facente parte del *Marrakech Process*, processo globale e informale, lanciato nel 2003 in risposta al Chapter III, Paragraph 15 del *Plan of Implementation of the World Summit on Sustainable Development* di Johannesburg 2002.

¹⁰⁰ UNEP, *Sustainable Public Procurement: a global review/full report*, dicembre 2013.

¹⁰¹ Sondaggio stabilito grazie alla partecipazione di 273 soggetti su 2.224 contattati, circa il 12%, tra i quali Governi nazionali, ONG, società private, organizzazioni internazionali, università ed enti locali, provinciali e regionali.

stazioni appaltanti, come emerso anche dal rapporto OCSE del 2007¹⁰². Nel rapporto si prospetta un'ulteriore crescita dei GPP/SPP per i prossimi cinque anni, per i paesi che hanno già dato avvio a questo processo da 10 o 15 anni, mentre lo sviluppo dei GPP/SPP nei paesi che hanno appena iniziato il loro utilizzo dipenderà dalla loro politica economica e degli incentivi che potranno inserire in essa.

Il crescente utilizzo degli appalti come strumento di politica ambientale impone una riflessione anche sulla possibilità o meno per gli Stati, che s'ispirano al modello giuridico dell'UNCITRAL (Commissione delle Nazioni per il diritto commerciale internazionale), di inserire considerazioni ecologiche all'interno delle procedure di contrattazione pubblica¹⁰³. La tutela dell'ambiente non rientra, però, tra gli obiettivi che il Model Law si propone di realizzare.

Nel Gennaio del 2014 l'UNCITRAL¹⁰⁴ pubblica, il *Model Law of Public Procurement*¹⁰⁵, un documento adottato nel 2011, definito anche Legge Modello, che sostituisce e riforma il testo UNCITRAL del 1994¹⁰⁶. A differenza degli altri trattati internazionali, il modello UNCITRAL non è rivolto a definire una disciplina sovranazionale per un mercato degli appalti pubblici mondiali, ma fornisce un complesso di regole valide per tutti i contratti conclusi dalle amministrazioni in ambito sia nazionale che internazionale. Tale modello contribuisce a favorire le riforme degli ordinamenti interni per favorire la libera concorrenza, l'armonizzazione dei sistemi e l'internazionalizzazione della materia¹⁰⁷. I principi e le procedure previste dal modello, sono coerenti con gli accordi regionali e multilaterali di libero scambio e costituiscono esempi di atti di *soft law*, cioè privi di efficacia vincolante diretta, bensì dotati di carattere meramente facoltativo e di valore orientativo rispetto alla prassi degli operatori¹⁰⁸.

¹⁰² OCSE, *Improving the environmental performance of public procurement: report on implementation of the Council recommendation, 2007*.

¹⁰³ ARROWSMITH S., LINARELLI J. E WALLACE D., *Regulating Public Procurement*, cit., pp. 296 ss.

¹⁰⁴ UNCITRAL, è una commissione interna all'Assemblea generale delle Nazioni Unite, creata con lo scopo di armonizzare la legislazione degli Stati Membri sul commercio internazionale.

¹⁰⁵ UNCITRAL, United Nations Commission on International Trade Law, United Nations document, A/66/17, annex I, adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 1 July 2011.

¹⁰⁶ UNCITRAL, Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services adopted in 1994, the "1994 Model Law"

¹⁰⁷ CAROLI CASAVOLA H., *La globalizzazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, in saggi di diritto amministrativo, 2012.

¹⁰⁸ GALGANO F., MARRELLA F., *Diritto e prassi del commercio internazionale - l'appalto internazionale*, 2010, p. 666.

Nel modello si fa espresso riferimento ai requisiti ambientali nella scelta e nell'accertamento del soggetto appaltatore¹⁰⁹, qualora non fosse previsto come unico criterio il prezzo, nonché nella definizione dell'oggetto del contratto¹¹⁰. Di conseguenza è possibile individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa, anche sulla base di considerazioni ambientali, purché, come sempre, tali criteri siano trasparenti, oggettivi e quantificabili in termini economici, laddove possibile.

¹⁰⁹ UNCITRAL, Model law on Public Procurement, Article 9. Qualifications of suppliers and contractors, comma 2, lettera a.

¹¹⁰ UNCITRAL, Model law on Public Procurement. Article 11. Rules concerning evaluation criteria and procedures, comma 2, lettera b.

2. Le prime generazioni delle norme europee sugli appalti pubblici ed i principi sviluppati dalla Corte di giustizia.

I c.d. appalti verdi (*green public procurement* nella terminologia anglosassone, noto anche con l'acronimo Gpp) rappresentano nell'attuale contesto europeo la penetrazione nel settore degli appalti pubblici dei principi in precedenza esaminati, in particolare di quelli di integrazione e dello sviluppo sostenibile.

A livello descrittivo, punto di partenza è la definizione elaborata dalla Commissione dell'Unione europea secondo cui "il Gpp è 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 dei risultati e delle soluzioni che hanno il minore impatto possibile sull'ambiente lungo l'intero ciclo di vita".

Detta enunciazione, ancorchè parziale ed insufficiente per la definizione delle ricadute sistematiche che qui si intendono evidenziare, sembra comunque indicativa per l'interprete sotto un duplice profilo: la marginalizzazione degli strumenti di "*command and control*" ed il nuovo ruolo sistematico assunto dalle procedure ad evidenza pubblica.

Relativamente al primo, l'espressione appalti verdi segna, a livello culturale oltre che giuridico, una differente impostazione rispetto alla protezione giuridica dell'ambiente. Una tutela dell'ambiente che non si attua più soltanto attraverso gli strumenti riconducibili allo schema "*command and control*", ma che si attua anche, oggi forse in via principale, attraverso il mercato.

Con la prima tipologia di strumenti ci si riferisce alla specifica previsione di misure regolatrici e sanzionatorie, tra cui rilevano le misure penali a tutela dell'ambiente¹¹¹. La previsione di

¹¹¹ Decisione Quadro 2003/80/GAI del Consiglio dell'Unione europea, relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale, in *G.U.C.E.* 5 febbraio 2003 n. L 29, decisione che è stata annullata – in quanto concretante uno sconfinamento di competenze – dalla Corte di Giustizia C.E. con sentenza 13 settembre 2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2006, 1, 58 con nota di L. SALAZAR, *La sentenza sulla protezione penale dell'ambiente*. Si vedano anche A. KARAMAT, *La politica dell'Unione Europea in relazione alle sanzioni ambientali. Proposte per una direttiva sulla tutela dell'ambiente attraverso il diritto penale*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2008, 1, pp. 7 ss.; P. FIMIANI, *La tutela penale dell'ambiente dopo il D. Lgs. n. 4/2008*, Milano, 2008; L. RAMACCI, *Diritto penale dell'ambiente*, Padova, 2007; AA. VV., *Diritto penale dell'ambiente*, Bari, 2006; G. DI NARDO, *I reati ambientali*, Padova, 2002. Si veda peraltro, per un esempio concreto e recente di tutela penale dell'ambiente, il D.L. 06 novembre 2008 n. 172, *Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella regione Campania, nonché misure urgenti di tutela ambientale*, in *G.U.* 06 novembre 2008 n. 260. Da ultimo, in ordine temporale,

divieti od obblighi può attuarsi attraverso lo strumento della legge oppure attraverso regolamenti o provvedimenti a carattere autorizzatorio, il cui controllo¹¹² può assumere connotati preventivi o successivi. Le caratteristiche del modello sono riassumibili nella fissazione di regole uniformi a tutti i livelli attraverso cui salvaguardare l'ambiente, con il risvolto positivo della facile rilevabilità delle violazioni degli *standards* imposti, ma con la debolezza rappresentata dall'incapacità di parametrare gli obblighi in funzione delle concrete capacità degli operatori.

Su un lato opposto si collocano gli strumenti di mercato, *rectius* "attraverso il mercato", nel cui insieme è possibile operare una distinzione tra misure di mercato c.d. pure¹¹³, come i marchi e

l'inserimento di uno specifico titolo VI-bis nel codice penale con legge n. 68 del 22 maggio 2015 recante "Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente", cfr. Relazione n. III del 29 maggio 2015 della Corte di Cassazione, Ufficio del massimario.

¹¹² Sui controlli nel diritto amministrativo, resta fondamentale il saggio di M.S. GIANNINI, *Controllo: nozioni e problemi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1974, pp. 1263 ss.. Si vedano inoltre G. D'AAURIA, *I controlli*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II ed., *Diritto Amministrativo generale*, Milano, 2003, II, pp. 1343 ss.; R. LOMBARDI, *Contributo allo studio della funzione di controllo*, Milano, 2003; G. BERTI, N. MARZONA, *Controlli amministrativi*, in *Enc. Dir.*, agg. III, Milano, 1999, pp. 457 ss.; F. GARRI, *I controlli amministrativi nell'ordinamento italiano*, Milano, 1998; U. ALLEGRETTI (a cura di), *I controlli amministrativi*, Bologna, 1995; S. CASSESE (a cura di), *I controlli nella pubblica amministrazione*, Bologna, 1993; A. GIOCOLINACCI, *I controlli amministrativi*, Bari, 1991; G. DE GIORGI CEZZI, *I controlli nell'amministrazione moderna*, Bari, 1990; A. CROSETTI, *Controlli amministrativi*, in *Dig. IV (disc. pubbl.)*, Torino, 1989, IV, pp. 67 ss.; O. SEPE, *Controlli amministrativi*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, IX, pp. 15 ss.; U. POTOTSCHNIG, *Controlli e principi costituzionali sulla pubblica amministrazione*, in *Reg. e gov. loc.*, 1984, pp. 29 ss..

¹¹³ Regolamento CE 17 luglio 2000 n. 1980/2000, relativo al sistema comunitario, riesaminato, di assegnazione di un marchio di qualità ecologica, in *G.U.C.E.* 21 settembre 2000 n. L237. Il regolamento in questione ha sostituito, abrogandolo, le precedenti disposizioni del regolamento CEE 23 marzo 1992 n. 880/92, concernente un sistema comunitario di assegnazione di un marchio di qualità ecologica, in *G.U.C.E.*, 11 aprile 1992 n. L99. Oltre all'ecolabel europeo, esistono altri marchi di certificazione ambientale quali il *Blauer Angel*, il *Green Seal*, l'*Energy Star*, il *White Swan*. Esistono inoltre etichette che, a differenza di quelle precedenti, non sono generiche ma specifiche, ossia riferite a particolari tipologie di prodotti: si pensi ad esempio alle sigle FSC (*Forest Stewardship Council*) e PEFC (*Programme for Endorsement of Forest Certification schemes*) per i prodotti derivati dal legno. A. BARONE, *L'ecolabel*, in F. FRACCHIA, M. OCCHIENA (a cura di), *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*, Milano, 2006, pp. 213 ss.; C. RAPI SARDA SASSON, *Verso un nuovo equilibrio tra ambiente e mercato: il regolamento CEE per l'Ecolabel*, in *Riv. Giur. Amb.*, 1993, pp. 200 ss.; Id., *I nuovi strumenti di controllo per l'ambiente: marchio ecologico, audit e gestione ambientale*, in AA.VV., *Diritto pubblico dell'ambiente*, Padova, 1996, pp. 358 ss.. Tra i prodotti rispetto ai quali più di frequente è stata richiesta la certificazione ecolabel, si ricordano beni quali detersivi, lubrificanti, batterie, fotocopiatrici, frigoriferi, imballaggi di carta e cartone, prodotti tessili, pneumatici; tra i servizi si citano le lavanderie e le strutture alberghiere. Cfr. sul punto e per approfondimenti di carattere economico G. QUERINI, *La tutela dell'ambiente nell'Unione europea: un'analisi critica*, Milano, 2007, pp. 158 ss., ove si sostiene che «Nella strategia ambientale dell'Unione europea, l'Eco-label svolge un ruolo particolarmente importante in tre direzioni: a) far pervenire "a monte" dell'intero ciclo di produzione – cioè già nella fase di progettazione delle caratteristiche tecnologiche e commerciali della merce – le esigenze di eco-compatibilità che dovranno essere comunicate al consumatore mediante l'etichetta da apporre sul prodotto finale. [...] b) trasmettere al consumatore tutte le informazioni praticamente necessarie perché egli sia indotto a orientare le proprie scelte sulle decisioni di acquisto, in funzione della maggiore o minore eco-compatibilità del prodotto. A tal fine le informazioni devono non solo essere oggettivamente veritiere, ma devono avere l'ulteriore caratteristica della "trasparenza soggettiva": si richiede cioè che siano specificamente mirate al livello di recettività del "consumatore-tipo" di quella merce. [...] c) l'oggettiva veridicità delle informazioni contenute nell'Eco-label deve riguardare aspetti essenziali della merce così

le attestazioni ecologiche, in cui il ruolo svolto dalla pubblica amministrazione è limitato a funzioni di tipo certificatorio ed informativo, e misure di mercato c.d. miste in cui, invece, il ruolo dei pubblici poteri è maggiormente rilevante. All'interno di quest'ultima categoria è poi possibile operare una ulteriore distinzione tra strumenti c.d. misti che intervengono in un mercato di riferimento già presente (appalti verdi) e strumenti che realizzano un mercato artificiali¹¹⁴ (certificati verdi). La tendenza sembra andare nel senso di favorire la prospettiva mercantile rispetto alla regolamentazione tradizionale, dato confermato dalla strategia d'azione

certificata: pertanto le informazioni rilevanti risulteranno sostanzialmente differenziate a seconda delle varie categorie merceologiche». Regolamento CE 19 marzo 2001 n. 761/2001, *sull'adesione volontaria delle organizzazioni a un sistema comunitario di ecogestione e audit (EMAS)*, in *G.U.C.E.* 24 aprile 2001 n. L114; precedentemente la certificazione EMAS era stata introdotta con regolamento CEE29 giugno 1993 n. 1836/93, *sull'adesione volontaria delle imprese del settore industriale a un sistema comunitario di ecogestione e audit*, in *G.U.C.E.* 10 luglio 1993 n. 168. Cfr. in dottrina A. GIUSTI, *Le certificazioni ambientali: EMAS*, in F. FRACCHIA, M. OCCHIENA (a cura di), *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*, cit., pp. 225 ss.; B. ALBERTAZZI, *Qualità ambientale: il nuovo regolamento Emas n. 761/2001. Un'opportunità anche per le piccole e medie imprese*, in *Amb. Ener. Lav.*, 2001, pp. 423 ss.; P. Giampietro, *Bilancio ambientale ed eco-audit, le prospettive nel diritto comunitario ed italiano*, in *Riv. Giur. Amb.*, 1995, pp. 19 ss.; G. NICOLETTI, *L'attuazione in Italia del sistema di ecogestione e audit ambientale*, *ivi*, 1995, p. 433; G. PECCOLO, *Il sistema comunitario di ecogestione e audit ambientale*, Padova, 1994.

¹¹⁴ La creazione di mercati artificiali costituisce una forma di intervento pubblico nel settore dell'ambiente, ma pone problemi minori rispetto al settore degli appalti verdi. In quest'ultimo l'azione della pubblica amministrazione è connotata da discrezionalità, mentre nel mercato artificiale il ruolo svolto dall'autorità pubblica è di vigilanza sul rispetto delle regole imposte allo stesso. Le prime applicazioni si fanno risalire alla modifica del *Clean Air Act* negli Stati Uniti nel 1990 che stabilì l'introduzione di permessi di inquinamento attribuiti a singole imprese e, ove non utilizzati, negoziabili tra le stesse. In Europa tra le prime misure adottate rileva la direttiva n. 2003/87/CE c.d. *emission trading* attuata a livello interno con il d.l. n. 273 del 2004. In dottrina cfr. M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, cit., p. 110: "Il sistema favoriva cioè la flessibilità perché ciascuna impresa era libera di decidere come e quanto ridurre le emissioni inquinanti. Per esempio poteva scegliere se dotare gli impianti esistenti di apparecchiature volte a desulfurizzare le emissioni, modificare gli impianti in modo tale da poter utilizzare combustibili meno inquinanti, riallocare la capacità produttiva tra unità di produzione più inquinanti a quelle meno inquinanti, oppure acquistare sul mercato i diritti di inquinamento non utilizzati da altre imprese". Tali diritti erano attribuiti dall'EPA (agenzia per la protezione dell'ambiente); M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, cit., pp. 425 ss.: "Anziché stabilire una sorta di prezzo delle risorse o dei servizi ecosistemici, una prima scelta collettiva ne prestabilisce la quantità complessiva consumabile, tenendo all'occorrenza conto della "capacità di carico" del comparto ambientale di volta in volta pertinente, così come accadrebbe se occorresse stabilire uno *standard*. Una seconda scelta collettiva ripartisce quindi il quantitativo totale tra gli operatori economici. In pratica, vengono confezionati permessi – singolarmente conferenti il diritto ad una frazione del volume totale giudicato accettabile (di emissioni autorizzate o di risorse prelevabili) – in numero tale che il cumulo delle singole quote eguagli il quantitativo globale programmato. I permessi sono quindi assegnati alle imprese, mediante asta o diversa procedura amministrativa. Gli operatori economici sono infine lasciati liberi di negoziare i titoli (o le eventuali eccedenze) in un apposito mercato. Mettendo a fuoco la principale specificità dello strumento dei permessi negoziabili, possiamo notare che esso comporta una scelta autoritativa che cade sulla *quantità* (di emissioni inquinanti o di risorse asportabili). La determinazione del *prezzo*, che guida l'allocazione dei permessi, viene invece a dipendere da valutazioni di mercato. Le imposte correttive operano secondo uno schema rovesciato: una scelta pubblica definisce il prezzo di una risorsa, i mercati esistenti stabiliscono quale quantità ne verrà consumata dai vari operatori economici".

ambientale per lo sviluppo sostenibile recepita dal CIPE nel 2002¹¹⁵ e dai consensi espressi sul punto da parte della dottrina.

Proprio nella protezione dell'ambiente attraverso il mercato, e nello specifico attraverso gli strumenti di mercato c.d. misti, emerge il secondo profilo rilevante per l'interprete, relativo al cambiamento di paradigma che ha progressivamente interessato le procedure ad evidenza pubblica.

Giunto oggi alla sua quarta generazione¹¹⁶, il Trattato di Roma non conteneva riferimenti specifici al settore degli appalti pubblici nonostante andasse maturando la convinzione

¹¹⁵ Cfr. CIPE, *Strategia d'azione ambientale per lo sviluppo sostenibile in Italia*, in www.minambiente.it. Si afferma che «Un'efficace strategia di azione ambientale richiede il superamento dell'approccio di “comando e controllo” e la promozione di comportamenti volontari da parte di tutti gli attori sociali verso la protezione dell'ambiente. Occorre una rivisitazione degli strumenti della politica ambientale in direzione del miglioramento della legislazione di protezione ambientale e della sua applicazione; dell'integrazione dell'ambiente nelle politiche di settore e nei mercati; dell'attuazione della riforma fiscale ecologica; della mitigazione delle esternalità ambientali e della eliminazione dei sussidi perversi; della introduzione della contabilità ambientale; della maggiore efficacia dei processi di informazione e partecipazione del pubblico; della crescita del ruolo decisionale dei cittadini; dello sviluppo della ricerca scientifica e tecnologica; della formazione e dell'informazione». Si veda inoltre la L. 15 dicembre 2004 n. 308, *Delega al Governo per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale e misure di diretta applicazione*, in G.U. 27 dicembre 2004 n. 302, S.O., con particolare riguardo ai criteri direttivi di cui all'art. 1, comma 8, lettere d) e n). In dottrina Cfr. F. DE LEONARDIS, *La disciplina dell'ambiente tra unione europea e WTO*, in *Dir. Amm.*, 2004, 513 ss.; S. Amoroso, *Ambiente e privatizzazione delle funzioni amministrative*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto*, Firenze, 1999. Si veda altresì M. CAFAGNO, *principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, cit., p. 401: “Con la consapevolezza del pericolo della banalizzazione insito in ogni sintesi estrema, la filosofia di fondo di questi studi può essere schematizzata nei termini seguenti: constatata la presenza di “effetti esterni” di natura ambientale, il diritto potrebbe anzitutto agire per facilitare la loro internalizzazione nei processi contrattuali; se l'internalizzazione fosse ostacolata da costi transattivi troppo elevati, l'ordinamento dovrebbe preoccuparsi di abbattere questi costi; se non vi fosse modo di riuscirci, resterebbe ancora da verificare la possibilità di emulare il mercato, attraverso regole e procedure atte ad assegnare titoli e risorse a coloro che sapessero impiegarli nel modo più efficiente”.

¹¹⁶ La quarta generazione della regolazione europea dei contratti pubblici è stata approvata da Parlamento Europeo e Consiglio con le tre direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE del 26 febbraio 2014, rispettivamente in materia di “aggiudicazione dei contratti di concessione”, di “appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE” e di “procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE”. Gli antecedenti normativi sono: (i) prima generazione degli anni '70 del ventesimo secolo, dir. 71/305/CEE del Consiglio, del 26 luglio 1971, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici e dir. 77/62/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1976, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture; (ii) seconda generazione degli anni '80 del secolo scorso, dir. 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 degli appalti pubblici di forniture e di lavori, dir. 92/50/CEE del Consiglio del 18 giugno 1992 che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, dir. 93/4/CEE del Consiglio, dell'8 febbraio 1993, che modifica la direttiva 71/305/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, dir. 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori; (iii) terza generazione del primo decennio degli anni 2000, dir. 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, dir. 2004/18/CE del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, e dir. 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive

dell'impossibilità di realizzare un mercato unico in presenza di disposizioni limitative o escludenti le imprese straniere che volessero partecipare alle gare di appalto delle amministrazioni nazionali.

I principi di non discriminazione e di libertà di stabilimento rappresentarono, dunque, la prima base giuridica su cui orientare i primi interventi normativi in materia di appalti pubblici. In questa direzione, la direttiva n. 71/304/CEE mirava alla eliminazione delle restrizioni alla libertà di accesso alle procedure di aggiudicazione, mentre le direttive n. 71/305/CEE e n. 77/62/CEE ponevano l'obiettivo rispettivamente di vietare prescrizioni tecniche discriminatorie e di stabilire criteri selettivi di tipo oggettivo.

Soltanto successivamente all'adozione dell'Atto unico europeo (art. 130 F), che stigmatizzava l'essenzialità dell'apertura delle procedure di appalto nazionali ai fini dell'effettivo completamento del mercato interno, furono promossi i primi interventi di un certo rilievo.

Risalgono al 1989, infatti, le direttive n. 88/295/CEE e n. 89/440/CEE, modificative delle originarie direttive in materia di appalti di lavori e forniture, e le direttive n. 89/665/CEE e n. 92/13/CEE (c.d. direttive ricorsi), introduttive di specifici strumenti di tutela che i soggetti partecipanti alle procedure potevano azionare nel caso di violazioni di legge da parte delle stazioni appaltanti.

In seguito, le direttive n. 90/531/CEE e n. 92/50/CEE introdussero una specifica disciplina per gli appalti di servizi e per i c.d. settori originariamente esclusi (acqua, energia, trasporti), mentre le direttive n. 93/36/CEE, n. 93/37/CEE, n. 93/38/CEE, modificate dalle direttive n. 97/52/CE e n. 98/4/CE, operarono una ricodificazione della materia degli appalti pubblici.

In tale contesto è da rilevare come, nonostante la riflessione sulla protezione dell'ambiente fosse divenuta un tema centrale della agenda politica europea tra gli anni Ottanta e Novanta, nessuna delle direttive richiamate conteneva disposizioni che cercassero di compenetrare il valore ambientale nelle procedure ad evidenza pubblica, operando un cambiamento della tradizionale impostazione che considerava l'ambiente un vincolo esterno e non interno alle gare pubbliche.

89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici

Fino alla metà degli anni Novanta i contratti pubblici non rappresentavano uno strumento di tutela ambientale, ma costituivano piuttosto attuazione dei principi pro-concorrenziali, di trasparenza e di non discriminazione tra i diversi soggetti economici¹¹⁷.

La prospettiva tradizionale iniziò ad essere oggetto di revisione quando si iniziò a comprendere che la modifica negli orientamenti sottesi agli acquisti dei soggetti pubblici potesse comportare significativi cambiamenti anche dal lato della domanda¹¹⁸.

I primi segnali di convergenza e di integrazione tra valore ambientale e valore della concorrenza sono solitamente riferiti al Libro verde della Commissione europea del 1996 sugli appalti pubblici in cui si afferma che “il diritto europeo e, in particolare, le direttive sugli appalti pubblici offrono numerose possibilità di prendere in considerazione la protezione ambientale negli acquisti della pubblica amministrazione”¹¹⁹, senza però che ciò possa tradursi

¹¹⁷ Cfr. Direttiva del Consiglio 26 luglio 1971 n. 71/305/CEE, *che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici*, in *G.U.C.E.*, 16 agosto 1971 n. 185; Direttiva 21 dicembre 1976 n. 77/62/CEE, *che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture*, in *G.U.C.E.*, 15 gennaio 1977 n. L13. In relazione al sistema delineato da tali direttive e dalle successive, precedentemente alle n. 2004/17/CE e 2004/18/CE, si veda G. MORBIDELLI, M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1998, 213 ss.; F. LAURIA, *I pubblici appalti: disciplina comunitaria e giurisprudenza italiana*, Milano, 1998.

¹¹⁸ Cfr. M. OCCHIENA, *Norme di gestione ambientale*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, II, 1465 ss.: “[...] acquistando dal mercato verde le amministrazioni finirebbero non solo con lo sviluppare la circolazione dei beni e servizi ecocompatibili o a basso impatto ambientale, ma anche con l’incentivare la produzione verde, orientando e modificando i cicli produttivi delle imprese”. Cfr. altresì G. BELLOMO, *Il Green Public Procurement nell’ordinamento multilivello ambientale*, in *Diritto Pubblico Comparato Europeo*, 2008, 2, pp. 940 ss.: “Con l’adozione dei GPP [*Green Public Procurement*, ndr], le Pubbliche Amministrazioni modificano i propri stili di consumo e di conseguenza forniscono al mercato un forte stimolo verso il cambiamento dei modi di produzione. Se, infatti, esse decidono di sostituire il prodotto e i servizi di cui fanno normalmente uso con altri a minore impatto ambientale i fornitori, per non perdere quote di mercato, sono spinti a rivedere i processi produttivi e le caratteristiche dei propri prodotti [...]. Più in dettaglio, se gli appalti delle Pubbliche Amministrazioni aumentano la domanda globale di beni a basso impatto ambientale, le imprese saranno incentivate, nel medio-lungo periodo, a introdurre innovazioni (tecnologiche, gestionali, organizzative, ecc.) che consentano di produrre tali beni a costi più bassi; si metterebbe così in moto un circolo virtuoso poiché le imprese che producono i beni con alto impatto ambientale, vendendo meno e perdendo quote di mercato a favore delle imprese “verdi” a mano a mano che queste riescono a ridurre i costi di produzione, abbandonano un po’ alla volta quei mercati per convertirsi alla realizzazione dei beni a più basso impatto ambientale”.

¹¹⁹ Commissione Ue, *Libro verde. Gli appalti pubblici nell’Unione europea. Spunti di riflessione per il futuro*, Bruxelles, 1996, in cui si sostiene che “in linea generale, ogni amministrazione che lo desidera può, in sede di definizione dei prodotti o dei servizi che intende acquistare, scegliere prodotti e servizi che rispondano alle sue preoccupazioni in materia di tutela dell’ambiente. Le misure adottate devono, beninteso, rispettare le disposizioni e i principi del Trattato, in particolare il principio di non discriminazione. Le regole delle direttive relative agli appalti pubblici permettono, in determinate condizioni, di escludere i candidati che infrangano la normativa ambientale nazionale. Le amministrazioni acquirenti possono elaborare specifiche tecniche, relative alle caratteristiche delle opere, delle forniture o dei servizi oggetto degli appalti, che prendano in considerazione i valori ambientali. Gli enti acquirenti possono sin d’ora incoraggiare lo sviluppo di un atteggiamento attivo delle imprese nei confronti dell’ambiente, accettando nei loro appalti prodotti che corrispondano alle esigenze definite nei capitolati d’oneri. Le direttive permettono di integrare la tutela dell’ambiente nei criteri di selezione dei candidati agli appalti, a condizione che tali criteri siano volti a verificare le capacità economiche, finanziarie e

in un detrimento o in una postergazione dei principi della concorrenza, trasparenza e non discriminazione.

Sembrava già essere delineata *in nuce* la costante tensione sottesa agli appalti verdi, il problema della identificazione della esatta combinazione tra valore ambientale e valori economici in quanto le ragioni dell'uno non possono giungere a tradursi in uno statuto di rilievo superiore in grado di far retrocedere la centralità degli altri.

Tale impostazione sembra già evidente nella risalente sentenza *Beentjes*¹²⁰ del 1988, occasione in cui la Corte di Giustizia CE ha ritenuto legittima l'inclusione di clausole di carattere non economico, nel caso di specie si trattava dell'obbligo posto in capo all'affidatario di provvedere all'impiego di disoccupati con disabilità, purchè ciò non pregiudicasse la libera concorrenza e la parità di trattamento degli operatori economici partecipanti alla procedura.

Nella linea di sviluppo qui ricostruita assume un ruolo rilevante proprio l'azione svolta dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che in più occasioni ha attenuato l'originaria rigidità della normativa in materia di appalti pubblici, così consentendo il progressivo ingresso di criteri non strettamente economici.

L'esempio più noto è costituito dal caso *Concordia Bus Finland Oy Ab*¹²¹ del 2002 relativa alla vicenda della fornitura di autobus destinati al servizio di trasporto locale di un Comune che aveva previsto nel bando di gara l'attribuzione di uno specifico punteggio collegato alle qualità ambientali del prodotto.

La Corte, in relazione alla base normativa di riferimento rappresentata dalle direttive 92/50/CE e 93/38/CE ha ritenuto legittima l'adozione di criteri ecologici da parte dell'amministrazione

tecniche dei candidati. Per quanto riguarda l'aggiudicazione degli appalti, gli aspetti ambientali possono servire ad identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa, quando il riferimento a questi elementi implichi un vantaggio economico attinente alla prestazione oggetto dell'appalto, di cui benefici direttamente l'ente acquirente. Un'amministrazione acquirente può, per esempio, tener conto, in sede di valutazione delle offerte, dei costi di manutenzione, di trattamento dei rifiuti o di riciclaggio. Un'amministrazione aggiudicatrice può chiedere al fornitore, la cui offerta sia stata scelta, di realizzare la prestazione oggetto del contratto rispettando determinate esigenze volte a proteggere l'ambiente". Successivamente, nella comunicazione interpretativa sul diritto degli appalti del 2001 la Commissione ha ulteriormente chiarito le possibilità offerte dallo statuto giuridico del tempo in ordine alle esigenze di protezione dell'ambiente. Nella decisione del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1600/2002/CE che fondava il Sesto programma in materia di ambiente viene ribadita l'importanza dell'integrazione del valore ambientale nelle procedure di aggiudicazione.

¹²⁰ Corte di Giustizia CE, 20 settembre 1988, causa C-31/87, *Gebroeders Beentjes BV*, in *Racc.*, 1988, pp. 4635; si veda in proposito anche C. Pasut, *La discrezionalità nella scelta dei criteri di aggiudicazione per gli appalti pubblici (gli orientamenti del Giudice Amministrativo e della Corte di Giustizia)*, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹²¹ Corte di Giustizia CE, 17 settembre 2002, causa C-513/99, *Concordia Bus Finland*, cit.; cfr. anche M. LOTTINI, *Appalti comunitari: sulla ammissibilità di criteri di aggiudicazione non prettamente economici*, cit..

aggiudicatrice, come dimostrava l'esplicito riferimento dell'art. 36, n. 1, lett. a) della direttiva 92/50/CE che conteneva un esplicito riferimento di tipo ecologico ed anche in forza dell'art. 6 del Trattato CE (oggi art. 11 TFUE) che affermava il principio di integrazione della tutela ambientale nelle politiche comunitarie.

Tuttavia è da sottolineare come il potere di scelta della stazione appaltante di ulteriori criteri rispetto a quelli strettamente economici, non avesse una portata illimitata, ma dovesse al contrario essere necessariamente ristretto all'oggetto dell'appalto¹²².

Oltre a tale requisito, i criteri di aggiudicazione non strettamente economici devono essere espressamente menzionati nel capitolato d'appalto o nel bando e devono rispettare tutti i principi del diritto europeo¹²³.

Successivamente la questione della legittimità di criteri ambientali per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa si ripropone nel caso *EVN AG*, in cui è stata verificata la compatibilità con il diritto comunitario di un criterio di aggiudicazione, con applicazione di un coefficiente pari al 45%, che imponga al soggetto offerente di precisare il *quantum* di elettricità derivante dall'utilizzo di fonti rinnovabili e che attribuisca il punteggio massimo all'offerente che indichi il quantitativo più elevato.

¹²² Su tale aspetto, particolarmente interessanti sono le affermazioni recate dai punti 57-59 della sentenza, che testualmente si riportano: "57 Tenuto conto di tale obiettivo e alla luce, del pari, dell'art. 130 R, n. 2, primo comma, del Trattato CE, che è stato trasferito dal Trattato di Amsterdam, in una formulazione leggermente modificata, all'art. 6 CE, e che prevede che le esigenze in tema di tutela 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. 58 Tuttavia, tale considerazione non significa che qualsiasi criterio di tale natura possa essere preso in considerazione dalla detta amministrazione. 59 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 dei lavori pubblici, precitate sentenze *Beentjes*, punto 19; *Evans Medical e Macfarlan Smith*, punto 42, nonché *SIAC 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".

¹²³ Corte di Giustizia CE, 10 aprile 2003, cause riunite C-20/01 e C-28/01, Commissione contro Repubblica di Germania, in *Giur. It.*, 2003, 1925 ss.: «E' certo che un'amministrazione aggiudicatrice può tenere conto di criteri relativi alla tutela dell'ambiente nelle diverse fasi di un procedimento di aggiudicazione di appalti pubblici [...] Tuttavia, la procedura applicata sulla base dell'esistenza di tale motivo di ordine tecnico deve rispettare i principi fondamentali del diritto comunitario, in particolare il principio di non discriminazione, quale si desume dalle disposizioni del Trattato in materia di diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi [...] Orbene, il rischio di una violazione del principio di non discriminazione è particolarmente elevato qualora un'amministrazione aggiudicatrice decida di non assoggettare un determinato appalto alla concorrenza». Cfr. anche Corte di Giustizia CE, 04 dicembre 2003, causa C-448/01, *EVN AG*, in *curia.europa.eu*.

Oltre a ribadire le conclusioni raggiunte nella sentenza *Concordia Bus*, segnatamente il criterio del collegamento con l'oggetto dell'appalto, la Corte di giustizia ha specificato che “la qualità ambientale deve riguardare esclusivamente ciò che si acquista e non può in alcun modo essere presa in considerazione se riferita a comportamenti virtuosi degli offerenti che non si traducano tuttavia nell'oggetto della loro offerta”.

In via conclusiva, si può dunque certamente sostenere che la pubblica amministrazione possa tener conto di criteri relativi alla tutela dell'ambiente in tutte le fasi che scandiscono il procedimento di aggiudicazione degli appalti pubblici, ma il problema di ieri come di oggi è quello di identificare i confini di tale possibilità.

Il problema percepito sin dalle prime pronunce è quello di perseguire attraverso la procedura di appalto la sostenibilità dello sviluppo, senza pregiudicare la concorrenza e la parità di trattamento degli operatori economici attraverso utilizzazioni distorte del principio di integrazione.

3. Le direttive 2004/17/CE - 2004/18/CE

Gli approdi della giurisprudenza hanno rappresentato la base dello sviluppo e dell'emanazione delle successive direttive in materia di appalti pubblici: la direttiva 2004/17/CE, relativa alle procedure di appalto nei settori c.d. speciali (acqua, energia, servizi di trasporto e servizi postali), e la direttiva 2004/18/CE (c.d. unificata) relativa agli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi.

Gli obiettivi perseguiti dalla terza generazione sugli appalti pubblici sono individuabili nella semplificazione della normativa esistente, nell'aggiornamento della disciplina, nella maggiore flessibilità dello strumento dell'appalto pubblico e nel rafforzamento dei principi di trasparenza e di concorrenza.

Oltre agli obiettivi appena riferiti, nel contesto delle direttive del 2004 emerge anche il riconoscimento espresso della possibilità per le stazioni appaltanti di considerare fattori non economici, come quelli sociali ed ambientali, nelle varie fasi della procedura di evidenza pubblica, dalla determinazione dell'oggetto del contratto alla sua esecuzione.

Il considerando n. 1 di entrambe le direttive, infatti, oltre a operare un rinvio esterno al Libro verde sugli appalti pubblici sottolinea come le direttive “si basano sulla giurisprudenza della Corte di giustizia, in particolare sulla giurisprudenza relativa ai criteri di aggiudicazione che chiarisce la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di soddisfare le esigenze del pubblico intervento, tra l'altro in materia ambientale e sociale”.

Allo stesso modo il considerando n. 5 ritiene che uno degli obiettivi sottesi alla direttiva è proprio quello di “chiarire in che modo le amministrazioni aggiudicatrici possono contribuire alla tutela dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile, garantendo loro allo stesso tempo di poter ottenere per i loro appalti il miglior rapporto qualità-prezzo”¹²⁴.

¹²⁴ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, n. 2004/18/CE, *relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi*, in *G.U.C.E.*, 30 aprile 2004 n. 134. Tale propensione emerge chiaramente dai considerando delle due direttive, tra i quali è rinvenibile anche il seguente (n. 12 nella direttiva 2004/17/CE; n. 5 nella 2004/18/CE): “Conformemente all'articolo 6 del trattato, le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente sono integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni comunitarie di cui all'articolo 3 del trattato, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile. La presente direttiva chiarisce dunque in che modo le amministrazioni aggiudicatrici possono contribuire alla tutela dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile garantendo loro al tempo stesso di poter ottenere per i loro appalti il miglior rapporto qualità/prezzo”. Cfr. anche M. OCCHIENA, *Norme di gestione ambientale*, cit., pp. 1471: “[...] nei preamboli è illustrata la “filosofia di fondo” delle due direttive per introdurre il *green public procurement* nella disciplina comunitaria: le amministrazioni potranno richiedere

Quanto all'introduzione dei requisiti ambientali nelle specifiche tecniche il considerando n. 29 conferisce alle stazioni appaltanti la facoltà di "utilizzare le specifiche adeguate definite dall'ecoetichettatura, come l'ecoetichettatura europea, multinazionale o qualsiasi altra ecoetichettatura, purchè i requisiti i requisiti per l'etichettatura siano elaborati ed adottati in base a informazioni scientifiche mediante un processo cui possono partecipare le parti interessate, quali gli organi governativi, i consumatori, i produttori, i distributori o le organizzazioni ambientali e purchè l'etichettatura sia accessibile e disponibile per tutte le parti interessate".

Rispetto alla parte precettiva delle direttive in esame, i riferimenti alla possibilità di includere requisiti di tipo sociale o ambientale investono l'intera fase della procedura di aggiudicazione. Con riferimento alla definizione dell'oggetto dell'appalto le direttive non contengono previsioni a carattere specifico, ma tale elemento non è stato interpretato nel senso dell'attribuzione alla stazione appaltante di una libertà illimitata idonea in concreto ad alterare la concorrenza tra gli operatori economici.

La tutela dell'ambiente nella definizione dell'oggetto del contratto si riferisce sia alle specifiche tecniche basate su norme tecniche, sia a quelle basate su prestazioni e requisiti funzionali. Per le prime l'allegato VI della direttiva 2004/18/CE esemplifica una serie di *standard* tecnici tra cui i livelli di protezione ambientale, per le seconde l'art. 23, par. 3 lett. b) prevede che le prestazioni e/o i requisiti possono includere anche caratteristiche ambientali.

Oltre alla fase della delimitazione dell'oggetto contrattuale, le considerazioni ambientali possono rilevare anche nella fase di selezione dei concorrenti ai sensi dell'art. 45 della direttiva n. 18 del 2004 e dell'art. 54 della direttiva n. 17 del 2004 nel caso di condanna con sentenza passata in giudicato per reati che incidano sulla moralità professionale dell'operatore economico.

Nella fase relativa all'aggiudicazione del contratto, le due direttive, a recepimento degli orientamenti sviluppati dalla Corte di giustizia, prevedono all'art. 53 della direttiva n. 18 e all'art. 55 della direttiva n. 17 che quando l'appalto è affidato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la stazione appaltante può tener conto di caratteristiche

l'applicazione di misure o sistemi di gestione ambientale nei casi appropriati, ossia tutte le volte in cui l'applicazione di misure o sistemi di gestione ambientale durante l'esecuzione dell'appalto pubblico è giustificata dalla natura dei lavori e/o dei servizi".

ambientali solo nel caso in cui la clausola ambientale risulti collegata all'oggetto¹²⁵ dell'appalto e risulti connotata dagli attributi della specificità ed oggettività, sia stata precedentemente pubblicata e soprattutto, per quanto qui interessa rilevare, non si ponga in contrasto con i principi del diritto europeo.

Da ultimo nell'ordine di svolgimento delle fasi della procedura, l'art. 26 della direttiva n. 18 e l'art. 38 della direttiva n. 17, prevedono la possibilità di inserimento di clausole ambientali nella fase di esecuzione del contratto di appalto, essendo però necessario che queste siano inserite nel bando e risultino conformi al diritto europeo.

Si procederà ora all'esame più specifico delle singole fasi del procedimento.

3.1. L'identificazione dei bisogni.

La determinazione di ciò che è necessario e la decisione di cosa comprare sono definite in autonomia da ciascuna amministrazione aggiudicatrice nel contesto del proprio quadro istituzionale. Le direttive in materia di appalti, infatti, stabiliscono regole sul *quomodo* dell'acquisto, appunto il procedimento che porta all'adozione del provvedimento terminativo con l'aggiudicazione del contratto, ma nulla dicono circa l'oggetto dello stesso.

A tal riguardo, le amministrazioni aggiudicatrici sono provviste di un ampio margine di discrezionalità nella identificazione dei rispettivi bisogni reali. Ma è da sottolineare come anche in questo stadio una oculata pianificazione da parte dell'amministrazione può servire alla protezione dell'ambiente. Come sottolineato da alcuni autori¹²⁶, la decisione se acquistare o non acquistare, cosa acquistare, nonché i tempi e le quantità, hanno a lungo termine

¹²⁵ Cfr. Commissione Ue, *Acquistare verde! Un manuale sugli appalti ecocompatibili*, Lussemburgo, 2005, p. 11: "l'oggetto dell'appalto indica il tipo di prodotto, servizio o lavoro che si intende appaltare [...] La legislazione in materia di appalti pubblici non è particolarmente interessata a che cosa comprano gli enti aggiudicatori, ma piuttosto a come comprano. Per questo motivo nessuna delle direttive sugli appalti pubblici restringe l'oggetto di un appalto in quanto tale [...] La scelta di un titolo verde facilita gli offerenti nell'individuare facilmente ciò che si richiede e trasmette il messaggio che le prestazioni ambientali del prodotto o servizio avranno un peso importante nell'esecuzione del contratto".

¹²⁶ Arrosmith e Kunzlik ritengono che la decisione di avviare l'appalto, decidendo cosa acquistare, non dovrebbe essere considerata un impedimento al commercio, anche quando importi effetti a carattere discriminatorio. Questo approccio distingue le funzioni delle autorità pubbliche in base al loro agire come acquirente o piuttosto come regolatore. Cfr. S. ARROWSMITH P. KUNZLIK, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*, Cambridge, 2009.

conseguenze rilevanti per l'energia e la produzione di rifiuti. Pertanto, se il bisogno effettivo è valutato correttamente.

Una parte della dottrina¹²⁷, infatti, ha elaborato un processo decisionale scandito in cinque fasi per implementare il *green procurement*: identificare gli obiettivi, cercare alternative, decidere tra le alternative, implementare la decisione e controllare il risultato rispetto agli obiettivi. Anche la Commissione europea incoraggia le amministrazioni aggiudicatrici ad effettuare un'analisi di mercato completa prima dell'inizio del procedimento di gara.

Le direttive sugli appalti lasciano spazio alle autorità contraenti per richiedere consulenze, vale a dire utilizzare un dialogo tecnico prima di avviare una procedura per l'assegnazione del contratto, a condizione che tale consulenza non precluda la concorrenza. La disciplina di tali atti preparatori rileva però per specifici profili. Come stabilito nel caso¹²⁸ *Stadt Halle* la Corte di giustizia ha ritenuto che gli atti costituenti un semplice studio preliminare del mercato o che sono meramente preparatori non sono suscettibili di revisione. Al contrario, durante il dialogo tecnico, se l'espressione di volontà travalica la fase di studio preliminare del mercato sarà soggetta ad una differente disciplina giuridica, con la possibilità di una sua revisione.

3.2. La descrizione dell'oggetto del contratto.

Una volta determinato il bisogno reale, esso deve essere espresso in modo tangibile e riflesso nel bando di gara. Questa fase ha conseguenze rilevanti in punto di disciplina. In primo luogo l'oggetto del contratto determina la sua stessa qualificazione giuridica sotto il profilo classificatorio; ad esempio sarà qualificato come appalto di lavori solo se riguarda specificamente l'esecuzione delle attività elencate nell'allegato I della direttiva del settore pubblico o dell'allegato XII della direttiva sui servizi di pubblica utilità.

¹²⁷ E. GÜNTHER, *Hurdles in Green Purchasing - Method, findings and discussion of the hurdle analysis*, in *Buying into the environment : experiences, opportunities and potential for ecoprocurement*, 2003.

¹²⁸ Case C-26/03, *Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH v. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, 2005.

La descrizione dell'oggetto reca poi ulteriori conseguenze¹²⁹ rispetto ai principi generali del diritto amministrativo. Il perseguimento di politiche orizzontali (ambientali e/o sociali) devono infatti rientrare nel perimetro delle competenze legali della singola amministrazioni.

3.3. Le specifiche tecniche.

Le specifiche tecniche definiscono le caratteristiche dei prodotti, dei servizi o dei lavori. Le stesse hanno un impatto significativo sulla concorrenza e devono di conseguenza garantire parità di accesso per gli offerenti; rappresentano, altresì, la fase dell'approvvigionamento più frequentemente utilizzata per affrontare le questioni connesse alla protezione dei valori ambientali.

Esistono varie modalità per dare ingresso a detti valori nelle specifiche tecniche. Le principali sono rappresentate dalle specifiche funzionali, dagli standards tecnici ambientali, dalle etichette ecologiche e dai processi o metodi di produzione.

Le direttive¹³⁰ sugli appalti consentono alle amministrazioni aggiudicatrici di definire le prestazioni o specifiche tecniche funzionali, che si compendiano nella possibilità per le amministrazioni di individuare l'obiettivo da raggiungere piuttosto che prescrivere specifici *inputs* o metodi. Come sottolineato dalla Commissione europea, la definizione funzionale lascia sufficiente spazio per gli offerenti di offrire metodi più convenienti ed innovativi.¹³¹

Un altro metodo è quello di fare riferimento a *standards* tecnici ambientali, definiti come tecniche specifiche approvate da un organismo riconosciuto, dal carattere non vincolante e disciplinate da fonti internazionali, europee o nazionali.¹³²

Il terzo metodo per affrontare i problemi ambientali nelle specifiche tecniche è rappresentato dai marchi di qualità ecologica. Si tratta di schemi volontari volti ad aumentare la riconoscibilità di prodotti e servizi rispettosi dell'ambiente. Le amministrazioni aggiudicatrici hanno la facoltà di utilizzare i marchi di qualità ecologica all'interno delle specifiche tecniche in questione per affrontare specifiche questioni ambientali a condizione che: siano appropriati

¹²⁹ M. E. COMBA, *Green and Social Considerations in Public Procurement Contracts: A Comparative Approach*, in R. CARANTA – M. TRYBUS, *The Law of Green and Social Procurement*, 2010.

¹³⁰ Public-Sector Directive, Article(23); Utilities Directive, Article(34).

¹³¹ S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2005.

¹³² Annex VI of Public-Sector Directive; Annex XXI of Utilities Directive.

per definire le caratteristiche delle forniture o dei servizi oggetto del contratto; siano redatti sulla base di informazioni scientifiche; siano adottati utilizzando una procedura in cui tutte le parti interessate possano partecipare.

L'ultimo metodo riguarda l'applicazione di specifici materiali specifici e metodi di produzione. Le amministrazioni aggiudicatrici possono utilizzare i procedimenti ad evidenza pubblica per ridisegnare i processi produttivi dell'industria e promuovere modelli di produzione e di consumo sostenibili favorendo la c.d. eco-innovazione¹³³, ad esempio attraverso l'inclusione o esclusione di determinati materiali o sostanze chimiche.

3.4. I criteri di qualificazione.

La direttiva per il settore pubblico stabilisce i principali requisiti giuridici per la fase di qualifica degli operatori economici ed il processo di selezione di quali imprese siano ammesse alla gara, al fine di garantire la concorrenza e prevenire ogni possibile discriminazione. La direttiva stabilisce *quando* e *quomodo* della fase di qualificazione e le regole relative al numero di operatori cui l'invito a partecipare deve essere rivolto. A tal riguardo, si applicano le fasi di prequalificazione e selezione a due livelli (*shortlisting*) nelle procedure ristrette e negoziate, mentre l'ammissione alla procedura aperta si caratterizza per essere monofasica.

L'articolo 44, paragrafo 3, richiede che i criteri o le regole che l'amministrazione aggiudicatrice intende applicare debbano essere esplicitati in modo non discriminatorio nel bando di gara.

E' importante distinguere la fase di selezione dalla fase di aggiudicazione. Come chiarito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, sebbene sia possibile condurre i processi di selezione e di aggiudicazione contemporaneamente, le due fasi sono regolate da regole differenti. Mentre i criteri di selezione fanno riferimento alle caratteristiche degli offerenti, i criteri di aggiudicazione riguardano le offerte.

Le amministrazioni aggiudicatrici possono utilizzare criteri di capacità tecnica ambientale e schemi di gestione ambientale, dando così ingresso alla tutela del valore dell'ambiente nella fase di qualificazione.

¹³³ Public-Sector Directive, Annex VI; Utilities Directive, Annex XXI.

La Commissione europea, sul punto, ha esemplificato tali requisiti prevedendo che possano essere correlati a contratti di gestione di rifiuti, costruzione, manutenzione e ristrutturazione di edifici, servizi di trasporto, allo scopo di ridurre al minimo la creazione di rifiuti e così riducendo al minimo la distruzione degli habitat naturali.

3.5. Criteri di aggiudicazione.

Le direttive sugli appalti consentono alle amministrazioni aggiudicatrici di fare affidamento sul criterio del prezzo più basso o sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Quest'ultimo criterio consente di prendere in considerazione altri sotto-criteri oltre al prezzo, ad esempio il merito tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali, i costi di gestione, l'economicità, l'assistenza tecnica.

E' da sottolineare come, rispetto ad altre fasi del procedimento, l'incorporazione di obiettivi ambientali nei criteri di aggiudicazione¹³⁴ sia risultato piuttosto complesso. Alla riduzione della complessità ha contribuito la Corte di giustizia, soprattutto nei noti casi: *Concordia Bus*¹³⁵ ed *ENV*, che si collocano però nel quadro giuridico antecedente all'entrata in vigore delle direttive del 2004; e nel caso *North Holland*.

Nel caso *Concordia Bus* il principio di diritto sviluppato dalla Corte rappresenta la prima occasione per affermare che il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa non debba fondarsi in via esclusiva su valutazioni di ordine puramente economico. La CGUE ha dunque ritenuto legittima l'integrazione dei valori di sostenibilità ambientale nella fase di aggiudicazione da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, ma al tempo stesso ha definito i limiti della discrezionalità delle amministrazioni. Il collegamento con l'oggetto del contratto, l'oggettività e la specificità del requisito, le previsioni all'interno del bando di gara, la compatibilità con gli altri principi che governano il diritto comunitario rappresentano i parametri che consentono ai criteri ambientali di superare il "test di compatibilità".

Nel caso *ENV/Wienstrom* è stato sostanzialmente ribadito il principio della pronuncia precedente. E' degno di nota che la Corte in questa occasione ha valutato i confini della

¹³⁴ Public-Sector Directive, Article(53), Recital(46); Utilities Directive, Article(55), Recital(55).

¹³⁵ C-513/99 *Concordia Bus Finland v. Helsingin Kaupunki*, 2002.

discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici nella definizione di eventuali sotto-criteri, statuendo che la latitudine della discrezionalità amministrativa investe tanto la scelta del criterio, quanto la ponderazione dello stesso ai fini della scelta del soggetto cui aggiudicare il contratto.¹³⁶ La CGUE in tale contesto ha anche elaborato una regola per formulare i criteri di aggiudicazione. In conformità con i principi di parità di trattamento e di trasparenza, la Corte ha ritenuto che i criteri di aggiudicazione debbano essere formulati in modo tale da consentire a tutti coloro che con diligenza sono ragionevolmente informati di interpretarli allo stesso modo. Inoltre, il requisito ambientale deve essere proporzionale all'oggetto del contratto.

Il caso *North Holland* rappresenta, invece, secondo alcuni autori¹³⁷ un punto di svolta nella direzione di sancire l'idea che le c.d. clausole di sostenibilità possano avere un peso specifico nel criterio di aggiudicazione, in ragione della considerazione che si allenta il criterio del necessario collegamento all'oggetto del contratto nel momento in cui ritiene superato il *test* di correlazione all'oggetto anche quando l'amministrazione aggiudicatrice richieda che i prodotti inseriti nel circuito del commercio equo e solidale siano prodotti con l'utilizzo di risorse di energia prodotta da fonti rinnovabili.

3.6. Le condizioni di esecuzione

Le clausole di esecuzione¹³⁸ stabiliscono i dettagli tecnici di come deve essere eseguito il contratto. Le direttive del 2004 consentono alle amministrazioni aggiudicatrici di stabilire condizioni speciali relative all'esecuzione del contratto, purchè compatibili con la normativa sovranazionale. Ad esempio, l'imballaggio e la tempistica hanno rilevanti effetti in termini di impatto ambientale. La richiesta di articoli nella quantità adeguata, l'utilizzo di contenitori riutilizzabili, la specificazione delle modalità di trasporto rappresentano condizioni in grado di ridurre il livello di emissioni generate dall'appalto.

¹³⁶ Cfr. C-448/01 EVN and Wienstrom v. Austria.

¹³⁷ CFR. M. MARTENS – S. DE MARGERIE, *The Link to the Subject-Matter of the Contract in Green and Social Procurement*, 2013.

¹³⁸ Public-Sector Directive, Article(26); Utilities Directive, Article(38).

3.7. Le principali barriere per l'affermarsi del *green procurement* nelle direttive del 2004.

Il problema principale¹³⁹ che viene individuato per l'effettiva integrazione dell'interesse ambientale all'interno del sistema degli appalti pubblici è rappresentato dai costi aggiuntivi connessi alla promozione delle c.d. politiche orizzontali.

La Commissione europea¹⁴⁰ ha rilevato sei ostacoli: criteri ambientali non ben definiti, informazioni insufficienti sul costo del ciclo di vita dei prodotti e sui relativi costi, scarsa consapevolezza dei benefici di prodotti eco-compatibili, incertezza sulle regole giuridiche che consentano l'inclusione dei criteri ambientali nei documenti di gara, la mancanza di sostegno politico, l'assenza di uno scambio coordinato di buone pratiche ed informazioni.

Ulteriore limite è rappresentato dal necessario bilanciamento tra le ragioni che sono posti a fondamento delle azioni promosse dalle politiche orizzontali ed i principi di libero accesso e di competizione dei mercati. A tal riguardo, le determinazioni delle rispettive ponderazioni sono rimesse alla competenza degli Stati membri. Sarebbe stato, dunque, più opportuno, già in questa fase di prima affermazione degli appalti sostenibili promuovere requisiti di sostenibilità obbligatori. E' interessante notare come l'Unione europea abbia previsto tale obbligatorietà soltanto rispetto a requisiti di sostenibilità di determinati prodotti e servizi. D'altra parte, la mancata generalizzazione del carattere vincolante delle clausole ambientali sembrerebbe giustificarsi sull'unicità dei singoli contesti nazionali, soprattutto delle relative economie, e l'uso legittimo della conseguente discrezionalità che deriva da tale quadro sistematico incontra i soli limiti della trasparenza, della non discriminazione e del libero accesso agli appalti.¹⁴¹

¹³⁹ Cfr. PETER TREPTE, *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*, 2004.

¹⁴⁰ European Commission, Public procurement for a better environment COM(2008)400

¹⁴¹ Per l'esame delle criticità presenti nel quadro delineato dalle direttive del 2004 Cfr. S. ARROWSMITH, *The Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies*, in B. CATHERINE – M. GEHRING, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2011-2012*

4. Evoluzione della legislazione interna in materia di appalti pubblici.

La prima normativa di settore dal carattere compiuto ed organico si fa in genere risalire alla legge fondamentale sui lavori pubblici di cui all'allegato F alla legge del 20 marzo 1865 n. 2248, poi modificata dalla legge del 1893 n. 234. Ai primi decenni del Novecento risalgono invece le disposizioni per l'esecuzione di opere dello Stato e degli Enti locali, tra cui il r.d. 8 febbraio 1923 n. 422¹⁴².

Norme fondamentali, sempre di portata generale, sono rappresentate dalle prescrizioni in materia di contabilità pubblica che, trovando applicazione rispetto a tutta l'attività contrattuale della pubblica amministrazione, si riferiscono per questo anche al settore degli appalti pubblici, salvo espressa deroga. Il r.d. 18 novembre 1923 n. 2440, legge sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato, contiene la disciplina della scelta del contraente, la stipulazione, approvazione ed esecuzione dei contratti, il collaudo.

Dalla metà degli anni Sessanta la legislazione interna inizia a caratterizzarsi per una frammentarietà degli interventi. In modo piuttosto episodico, le modifiche interessano la disciplina di singoli istituti ingenerando una confusione nel quadro normativo di riferimento.

Gli anni Settanta ed Ottanta, invece, la *ratio* della semplificazione orienta il legislatore all'introduzione di discipline speciali destinate all'affidamento e all'esecuzione di particolari lavori, nonché di prescrizioni derogatorie della normativa generale per interventi di particolare urgenza.

Il processo volto alla ricomposizione della normativa all'interno di una cornice organica si innesta sul finire degli anni Settanta con il recepimento delle prime direttive comunitarie. La legge del 1977 n. 584, poi in parte modificata con il d.p.r. del 1982 n. 487 recepisce la direttiva 71/305/CEE, volta al riavvicinamento delle legislazioni nazionali in materia di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici. Nonostante l'avanzare della regolamentazione comunitaria, nell'ordinamento interno non si sono arrestate discipline speciali che, al fine di mitigare se non di eludere l'applicazione della normativa sovraordinata, hanno di fatto vanificato le spinte verso l'armonizzazione. Quali esempi possono essere ricordate la legge del 1978 n. 1

¹⁴² Per un'ampia ricostruzione storica dell'evoluzione normativa Cfr. P. BONACCI, *Il riordino normativo nel settore degli appalti pubblici*, 2000.

“Accelerazione delle procedure per l’esecuzione di opere pubbliche e di impianti e costruzioni industriali” e la legge del 1981 n. 784 *“Ulteriori norme per l’accelerazione delle procedure per l’esecuzione di opere pubbliche”*.

Il d.lgs. del 1991 n. 406 ha proseguito il processo della trasposizione della normativa comunitaria nell’ordinamento interno, dando attuazione alla dir. 89/440/CEE.

E’ però soltanto con la legge del 1994 n. 109 *“Legge quadro in materia di lavori pubblici”*, nota come *“legge Merloni”*, che il legislatore ha introdotto rilevanti innovazioni nella disciplina degli appalti di lavori pubblici, attraverso una ridefinizione di istituti e procedure che avevano l’obiettivo di una riorganizzazione dell’intera materia sulla base di principi uniformi.

Le finalità dell’operazione riformatrice perseguivano infatti il triplice scopo della definizione di una normativa unitaria ed omogenea applicabile ad una ampia serie di soggetti e a diverse tipologie di opere e lavori, dell’armonizzazione della legislazione regionale e della piena attuazione delle direttive comunitarie.

5. La disciplina del d.lgs. 163/2006 e l'evoluzione del *green procurement*

Sul piano del diritto interno il valore ambientale è stato tradizionalmente considerato un vincolo esterno alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, rilevando unicamente in via preliminare nella valutazione delle implicazioni che precedono la realizzazione di un'opera pubblica oppure le implicazioni degli atti di pianificazione che la contemplan. Non incide dunque nella fase di affidamento dei lavori.

Tale impostazione trovava conferma a livello normativo nella l. n. 109 del 1994 (legge-quadro sui lavori pubblici) in cui l'interesse ambientale trovava ingresso per mezzo dello studio di impatto ambientale nella fase di progettazione e della valutazione di impatto ambientale con l'approvazione del progetto definitivo¹⁴³.

Alla fine degli anni Novanta risalgono i primi interventi del legislatore nazionale al tema del Gpp, precisamente alla l. n. 146 del 22 febbraio 1994 con cui il Parlamento, in materia di rifiuti, ha delegato il Governo al recepimento di tre direttive¹⁴⁴. Il d.lgs. n. 22 del 5 febbraio 1997 (c.d. decreto Ronchi), ha nello specifico introdotto per la prima volta in materia di rifiuti una serie di obblighi in capo alla pubblica amministrazione relativamente all'acquisto e al consumo di determinati prodotti¹⁴⁵.

Successivamente con il d.m. n. 203 del 2003 si opera il tentativo di creare scambi di materiale ecocompatibile come prima espressione di disciplina concreta del *green public procurement*, ma con il limite rappresentato dall'ambito applicativo, essendo riferita unicamente allo smaltimento del prodotto e trascurando, dunque, le altre fasi del ciclo di vita del prodotto (produzione ed impiego).

¹⁴³ C. GUCCIONE – L. PALATUCCI, *Profili ambientali nelle procedure ad evidenza pubblica*, in P. DELL'ANNO – E. PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Vol. II, 2013, pp. 729 ss., "Secondo l'impostazione tradizionale, in altri termini, ci si occupa dell'interesse ambientale a monte, per poi orientare le procedure di gara a valle verso la scelta del miglior contraente, secondo i canoni altrettanto tradizionali di *par condicio*, pubblicità e trasparenza".

¹⁴⁴ Il riferimento è alle direttive 91/56/CE sui rifiuti, 91/689/CE sui rifiuti pericolosi e 94/62/CE sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio.

¹⁴⁵ Art. 4 d.lgs. n. 22 del 5 febbraio 1997: sollecita "l'impiego dei materiali recuperati dai rifiuti al fine di favorire il mercato dei materiali medesimi; inoltre l'art. 19 sollecita "le Regioni all'adozione delle disposizioni occorrenti affinché gli uffici e gli enti pubblici e le società a prevalente capitale pubblico, anche di gestione dei servizi, coprano il loro fabbisogno annuale dei manufatti e beni con una quota di prodotti ottenuti da materiale riciclato non inferiore al 30% del fabbisogno medesimo".

Anche l'emanazione del d.lgs. n. 152 del 3 aprile 2006 (codice dell'ambiente)¹⁴⁶ non muta il paradigma tradizionale: gli artt. 180, comma 1, lett. b) e 181, comma 1, lett. b) prevedevano, infatti, nella loro prima versione indicazioni generali a carattere non vincolante sulla previsione di clausole di appalto finalizzate alla promozione di materiali recuperati dai rifiuti.

La prospettiva legislativa tradizionale muta con il d.lgs. n. 163 del 2006 (c.d. codice De Lise) in cui il legislatore dedica agli appalti verdi otto articoli (artt. 2, 40, 42, 44, 68, 69, 83, 93)¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Art. 180. Prevenzione della produzione di rifiuti: “1. Al fine di promuovere in via prioritaria la prevenzione e la riduzione della produzione e della nocività dei rifiuti, le iniziative di cui all'articolo 179 riguardano in particolare: a) la promozione di strumenti economici, eco-bilanci, sistemi di certificazione ambientale, analisi del ciclo di vita dei prodotti, azioni di informazione e di sensibilizzazione dei consumatori, l'uso di sistemi di qualità, nonché lo sviluppo del sistema di marchio ecologico ai fini della corretta valutazione dell'impatto di uno specifico prodotto sull'ambiente durante l'intero ciclo di vita del prodotto medesimo; b) la previsione di clausole di gare d'appalto che valorizzino le capacità e le competenze tecniche in materia di prevenzione della produzione di rifiuti; c) la promozione di accordi e contratti di programma o protocolli d'intesa anche sperimentali finalizzati, con effetti migliorativi, alla prevenzione ed alla riduzione della quantità e della pericolosità dei rifiuti; d) l'attuazione del decreto legislativo 18 febbraio 2005, n. 59, e degli altri decreti di recepimento della direttiva 96/61/CE in materia di prevenzione e riduzione integrate dell'inquinamento”; Art. 181. Recupero dei rifiuti: “1. Ai fini di una corretta gestione dei rifiuti le autorità competenti favoriscono la riduzione dello smaltimento finale degli stessi, attraverso: a) il riutilizzo, il riciclo o le altre forme di recupero; b) l'adozione di misure economiche e la determinazione di condizioni di appalto che prevedano l'impiego dei materiali recuperati dai rifiuti al fine di favorire il mercato dei materiali medesimi; c) l'utilizzazione dei rifiuti come combustibile o come altro mezzo per produrre energia. 2. Al fine di favorire ed incrementare le attività di riutilizzo, riciclo e recupero le autorità competenti ed i produttori promuovono analisi dei cicli di vita dei prodotti, ecobilanci, informazioni e tutte le altre iniziative utili. 3. La disciplina in materia di gestione dei rifiuti si applica fino al completamento delle operazioni di recupero”.

¹⁴⁷ Art. 2, comma 2: “Il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile”; art. 40, comma 1: “I soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici devono essere qualificati e improntare la loro attività ai principi della qualità, della professionalità e della correttezza. Allo stesso fine i prodotti, i processi, i servizi e i sistemi di qualità aziendali impiegati dai medesimi soggetti sono sottoposti a certificazione, ai sensi della normativa vigente”; Art. 44: “Qualora, per gli appalti di lavori e di servizi, e unicamente nei casi appropriati, le stazioni appaltanti chiedano l'indicazione delle misure di gestione ambientale che l'operatore economico potrà applicare durante l'esecuzione del contratto, e allo scopo richiedano la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare il rispetto da parte dell'operatore economico di determinate norme di gestione ambientale, esse fanno riferimento al sistema comunitario di ecogestione e audit (EMAS) o a norme di gestione ambientale basate sulle pertinenti norme europee o internazionali certificate da organismi conformi alla legislazione comunitaria o alle norme europee o internazionali relative alla certificazione. Le stazioni appaltanti riconoscono i certificati equivalenti in materia rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati membri. Esse accettano parimenti altre prove relative a misure equivalenti in materia di gestione ambientale, prodotte dagli operatori economici”; Art. 68, comma 1: “Le specifiche tecniche definite al punto 1 dell'allegato VIII, figurano nei documenti del contratto, quali il bando di gara, il capitolato d'oneri o i documenti complementari. Ogniquale sia possibile dette specifiche tecniche devono essere definite in modo da tenere conto dei criteri di accessibilità per i soggetti disabili, di una progettazione adeguata per tutti gli utenti, della tutela ambientale”; comma 3 lett. b) “b) in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, che possono includere caratteristiche ambientali. Devono tuttavia essere sufficientemente precisi da consentire agli offerenti di determinare l'oggetto dell'appalto e alle stazioni appaltanti di aggiudicare l'appalto”; comma 9: “Le stazioni appaltanti, quando prescrivono caratteristiche ambientali in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, quali sono contemplate al comma 3, lettera b), possono utilizzare le specifiche dettagliate o, all'occorrenza, parti di queste, quali sono definite dalle ecoetichettature europee (multi)nazionali o da qualsiasi altra ecoetichettatura, quando ricorrono le seguenti condizioni: a) esse siano appropriate alla definizione delle caratteristiche delle forniture o delle prestazioni oggetto dell'appalto; b) i requisiti per l'etichettatura siano elaborati sulla scorta di informazioni scientifiche; c) le

Il d.lgs. n. 163 del 2006 rappresenta, infatti, il recepimento sul piano dell'ordinamento interno delle sopra richiamate direttive n. 2004/17/CE e n. 2004/18/CE e la conseguente integrazione della tutela dell'ambiente all'interno delle procedure di evidenza pubblica, assumendo rilevanza in tutte le varie fasi di esercizio del potere amministrativo e non più limitato soltanto alla fase esterna di programmazione.

In tale contesto normativo l'art. 2, comma 2, d.lgs. 163/2006 costituisce la previsione su cui si fonda l'intero impianto del codice nella parte in cui dispone che il principio di economicità possa essere subordinato, nei limiti delle norme vigenti e dello stesso codice, ai criteri del bando posti a tutela dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile¹⁴⁸.

ecoetichettature siano adottate mediante un processo al quale possano partecipare tutte le parti interessate, quali gli enti governativi, i consumatori, i produttori, i distributori e le organizzazioni ambientali; d) siano accessibili a tutte le parti interessate"; art. 69: "Le stazioni appaltanti possono esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto comunitario e, tra l'altro, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, e purché siano precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando, o nel capitolato d'oneri. 2. Dette condizioni possono attenersi, in particolare, a esigenze sociali o ambientali. 3. La stazione appaltante che prevede tali condizioni particolari può comunicarle all'Autorità, che si pronuncia entro trenta giorni sulla compatibilità con il diritto comunitario. Decorso tale termine, il bando può essere pubblicato e gli inviti possono essere spediti. 4. In sede di offerta gli operatori economici dichiarano di accettare le condizioni particolari, per l'ipotesi in cui risulteranno aggiudicatari"; art. 83, comma 1: "Quando il contratto è affidato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il bando di gara stabilisce i criteri di valutazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, quali, a titolo esemplificativo: a) il prezzo; b) la qualità; c) il pregio tecnico; d) le caratteristiche estetiche e funzionali; e) le caratteristiche ambientali e il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto; f) il costo di utilizzazione e manutenzione; g) la redditività; h) il servizio successivo alla vendita; i) l'assistenza tecnica; l) la data di consegna ovvero il termine di consegna o di esecuzione; m) l'impegno in materia di pezzi di ricambio; n) la sicurezza di approvvigionamento; o) in caso di concessioni, altresì la durata del contratto, le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare agli utenti"; art. 93, comma 3: "Il progetto preliminare definisce le caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori, il quadro delle esigenze da soddisfare e delle specifiche prestazioni da fornire e consiste in una relazione illustrativa delle ragioni della scelta della soluzione prospettata in base alla valutazione delle eventuali soluzioni possibili, anche con riferimento ai profili ambientali e all'utilizzo dei materiali provenienti dalle attività di riuso e riciclaggio, della sua fattibilità amministrativa e tecnica, accertata attraverso le indispensabili indagini di prima approssimazione, dei costi, da determinare in relazione ai benefici previsti, nonché in schemi grafici per l'individuazione delle caratteristiche dimensionali, volumetriche, tipologiche, funzionali e tecnologiche dei lavori da realizzare; il progetto preliminare dovrà inoltre consentire l'avvio della procedura espropriativa". In dottrina cfr. R. DE NICTOLIS, *Le novità normative in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *Urbanistica e appalti*, 2007, vol. 9, pp. 1061 ss.

¹⁴⁸ Cfr. M. OCCHIENA, *Norme di gestione ambientale*, cit., p. 1465: "Il codice segna una tappa importante nella tutela dell'ambiente. Infatti, in applicazione delle indicazioni comunitarie [...] il legislatore delegato ha tentato nel codice di integrare la disciplina dell'evidenza pubblica con la difesa dell'ecosistema. Con una serie di disposizioni [...] e, in particolare, con la previsione dell'art. 4 del codice, le amministrazioni pubbliche sono chiamate a conciliare le esigenze economiche con quelle di sostenibilità ambientale delle attività attraverso cui si procurano beni e servizi indispensabili per il loro funzionamento. A questo riguardo, gli enti pubblici non devono solo esercitare (tradizionali) poteri di pianificazione, autorizzazione e controllo nei confronti delle attività dei cittadini ad impatto ambientale ma, nell'ottica della tutela e salvaguardia dell'ambiente, diventare anche "consumatori" di prodotti ed attività ecologicamente compatibili, intrattenendo rapporti contrattuali con operatori economici che operano nel rispetto dell'ambiente e dell'ecosistema".

La disposizione¹⁴⁹, inserita nella parte del codice dedicata ai principi generali, rileva sul piano sistematico sotto più profili.

Come primo rilievo essa costituisce il formale riconoscimento della rilevanza della tutela dell'ambiente all'interno del micro-sistema degli appalti, tanto da giustificare, ricorrendone i presupposti di legge, la subordinazione di un principio cardine dell'azione amministrativa come quello di economicità¹⁵⁰, che rappresenta il principio di apertura indicato dall'art. 1, comma 1, l. n. 241 del 1990 e la cui funzione, come quella di tutti i principi si apprezza su tre distinti livelli: produzione, integrazione ed interpretazione delle norme.

A livello di interpretazione letterale e sistematica, però, dal combinato del comma 2 con il comma 1 dell'art. 2 sono ricavabili preziose coordinate ermeneutiche per cogliere con precisione quale sia l'impostazione perseguita dal legislatore, nonché utili prescrizioni di tipo operativo.

Nello specifico, se la *ratio* sottesa al comma 2 sia quella di limitare la portata del comma 1 secondo cui l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture deve svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza ma anche di libertà di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità, è dato rilevare all'interprete come detto comma rappresenti una eccezione rispetto alla portata sistematica del primo comma.

Occorre, inoltre, rilevare come detta eccezione abbia un contenuto negativo ed uno positivo. Quello negativo si individua nei limiti esterni nella stessa, in quanto la tutela dell'ambiente attraverso lo strumento degli appalti pubblici possa esprimersi soltanto attraverso la postergazione del principio di economicità, ma nessuna eccezione sarà ammessa rispetto agli altri principi richiamati.

¹⁴⁹ Cfr. Documento interpretativo del Ministero dell'ambiente, *Acquisti verdi per la p.a.: lo stato dell'arte, evoluzione normativa e indicazioni metodologiche del 2006*, "è legittimo considerare prioritaria l'esigenza di proteggere ambiente e salute umana, di promuovere lo sviluppo sostenibile e tutelare le esigenze sociali anche a scapito di non garantire sempre in ogni caso un rapporto conveniente tra i risultati ottenuti e le risorse impiegate, purchè ciò avvenga nel rispetto della trasparenza, della par condicio e della concorrenza".

¹⁵⁰ Cfr. Corte di giustizia CE, 17 settembre 2002, causa C-513/99, *Concordia Bus Finland*, cit.; Corte di Giustizia CE, 04 dicembre 2003, causa C-448/01, *EVN AG*, cit.. In entrambe le sentenze la Corte ha sostenuto che l'art. 36, n. 1, lett. a), della direttiva 92/50 non può essere interpretato nel senso che ciascuno dei criteri di attribuzione adottati dall'amministrazione aggiudicatrice al fine di individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa debba necessariamente essere di natura meramente economica; Sulla rilevanza del principio si consideri che quello di economicità rappresenta il primo dei principi su cui si fonda l'azione della pubblica amministrazione come indicati dall'art. 1, comma 1, l. n. 241 del 1990.

Il contenuto positivo si rinviene, invece, nel suo limite interno, in quanto il comma 2 rappresenta la base che legittima le disposizioni di dettaglio attuative nei singoli segmenti delle procedure di evidenza pubblica, anche relativamente a quelle di competenza regionale dal momento che il codice fa un rinvio generico alle norme vigenti.

Sotto il profilo operativo, poi, sembra opportuno evidenziare come la subordinazione del principio di economicità alle ragioni della tutela dell'ambiente e della promozione dello sviluppo sostenibile debba essere esplicitata puntualmente nel bando in ragione di esigenze di garanzia di tutti gli operatori economici partecipanti.

Per l'opzione ricostruttiva accolta nel presente lavoro è dato rilevare come già nel vigore del precedente codice il principio fondamentale della materia forniva un saldo ancoraggio interpretativo per affermare, con il limite operativo dell'eccezione di cui all'art. 2, comma 2, l'impossibilità di subordinare i principi pro-concorrenziali alle esigenze di tutela dell'ambiente, essendo questo sì espressione di una esigenza costituzionalmente protetta ma di carattere non assoluto¹⁵¹.

Nell'architettura del d.lgs. n. 163 del 2006 l'interesse ambientale rilevava nelle distinte fasi della definizione dell'oggetto del contratto, della determinazione dei requisiti di partecipazione e nella scelta dei criteri di aggiudicazione¹⁵².

¹⁵¹ Cfr. F. SPAGNUOLO, *Il Green Public Procurement e la minimizzazione dell'impatto ambientale nelle politiche di acquisto della pubblica amministrazione*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2006, 2, 397 ss., che – riportandosi alla *Presentation of the intermediary report of a study on the state of play of green public procurement in the EU*, in *europa.eu* – evidenzia: «Malgrado l'inserimento nella disciplina comunitaria degli appalti pubblici di norme che ammettono, espressamente, la possibilità di tener conto di aspetti ambientali, solo un numero assai limitato di Paesi membri dell'Unione europea si è avvalso regolarmente di criteri ecologici per l'aggiudicazione dei contratti pubblici. Secondo una recente indagine, elaborata su richiesta della Commissione europea, soltanto 7 Stati membri, su 25, avrebbero adottato un approccio nazionale al GPP ed utilizzato costantemente un sistema di management ambientale nelle proprie politiche di acquisto. Il dato più elevato si registra in Svezia, dove il ricorso ai criteri ambientali riguarda l'aggiudicazione di oltre il 50% degli appalti pubblici; mentre in Italia gli appalti ecologici rappresentano solo il 7% dei contratti conclusi dalle amministrazioni pubbliche». Cfr. anche A. OCHOA, C. ERDMENGER, *Study contract to survey the state of play of green public procurement in the European Union*, Freiburg, 2003.

¹⁵² Occorre evidenziare come la tutela dell'ecosistema da parte della pubblica amministrazione nelle procedure ad evidenza pubblica possa interessare tutte le fasi di essa, dalla determinazione a contrarre fino, attraverso la scelta del contraente e l'aggiudicazione, all'esecuzione del contratto. quanto maggiore è la sensibilità dell'Amministrazione alle tematiche ambientali nelle varie fasi di acquisizione di beni e servizi, tanto migliori saranno le ricadute di tale politica sul contesto di riferimento. Cfr., per una analisi dei vantaggi derivanti dal *green public procurement*, Decreto del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 11 aprile 2008, *Approvazione del piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della Pubblica Amministrazione*: «L'utilizzo del GPP, in sinergia con gli altri strumenti IPP, può produrre significativi risultati ambientali strategici quali ad esempio la riduzione delle emissioni di gas climalteranti, della produzione di rifiuti o della produzione di sostanze pericolose. Va anche evidenziato come il GPP ha anche altre implicazioni per l'Ente che lo applica e in generale per il contesto delle politiche ambientali ed economiche: - favorisce la diffusione di

5.1. I criteri ambientali nella definizione dell'oggetto del contratto

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

Si sottolinea una parziale difformità rispetto alla previsione comunitaria, dal momento che nel contesto nazionale la pertinenza, o collegamento, è relativa non solo all'oggetto, ma anche alla natura e alle caratteristiche, con il dubbio per l'interprete se le condizioni debbano intendersi nel senso congiuntivo o alternativo, se cioè il criterio ambientale debba essere pertinente ad uno dei tre fattori indicati (oggetto, natura, caratteristiche del contratto) oppure, come la piana lettura della disposizione sembra suggerire, il collegamento debba riferirsi contestualmente a tutti e tre.

L'ambito di applicazione della necessaria pertinenza alla natura, oggetto e caratteristiche del contratto d'appalto era secondo l'art. 83 si identificava nelle procedure che applicavano il

modelli di consumo e di acquisto sostenibili anche presso le aziende private e i singoli cittadini, attraverso il ruolo di esempio che le PA possono rivestire nei confronti dell'opinione pubblica; - favorisce la razionalizzazione della spesa pubblica, da un lato tramite la diffusione di una cultura attenta a contenere i consumi non necessari non solo presso chi materialmente effettua gli acquisti ma anche da parte del personale che a vario titolo opera presso gli uffici pubblici, dall'altro tramite la diffusione di un approccio più corretto per valutare il prezzo del bene/servizio o lavoro oggetto d'acquisto. Il GPP infatti facilita una considerazione del costo totale, includendo, accanto al prezzo, anche i costi indiretti (connessi all'utilizzo e allo smaltimento del prodotto stesso) in modo da effettuare scelte d'acquisto convenienti dal punto di vista economico-finanziario in un'ottica di medio e lungo termine (approccio LCC - Life Cycle Costing); inoltre, se affiancato da un'analisi costi-benefici/prestazionale, permetterebbe una allocazione ottimale delle risorse da parte degli enti pubblici; - favorisce l'integrazione delle considerazioni ambientali nelle altre politiche dell'ente, coinvolgendo in modo trasversale settori che tradizionalmente non si occupano di ambiente (economato) e settori che possono incidere notevolmente sulle performance ambientali dell'ente, quali i trasporti, le infrastrutture e l'edilizia. Inoltre supporta i diversi strumenti di politica ambientale, coerentemente con la logica della Politica Integrata dei Prodotti promossa a livello europeo, quali i programmi di miglioramento predisposti nell'ambito di processi EMAS o ISO 14001 o i piani d'azione dell'Agenda 21 o semplicemente la volontà politica dell'ente di migliorare i propri impatti ambientali e dimostrare i risultati internamente ed esternamente; - favorisce la diffusione di una cultura ambientale sia nel mercato dell'offerta che della domanda. La politica degli acquisti sostenibili permette di rafforzare in maniera significativa presso gli operatori economici gli stimoli esistenti in favore della ricerca e sviluppo e dell'innovazione, in particolare nel campo delle tecnologie ambientali; - favorisce l'accrescimento delle competenze degli acquirenti pubblici in quanto mette in prima linea la responsabilità e la capacità di ottimizzare da un punto di vista economico e non solo finanziario le scelte d'acquisto; - stimola le imprese a investire in ricerca e sviluppo e a proporre soluzioni ecoinnovative che possano soddisfare il committente pubblico o per esigenze specifiche o per effettuare proposte di offerta più competitive in risposta a requisiti di performance. La domanda pubblica può costituire un importante volano per orientare l'offerta a qualificarsi verso l'ecoinnovazione che rientra anche tra gli obiettivi strategici dell'UE e presenta un nesso evidente con il Programma Quadro per la competitività e l'innovazione”.

criterio di scelta del contraente mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (Oepv)¹⁵³. L'art. 81 operava, infatti, una bipartizione, fondata sul principio dell'equivalenza, tra criterio del prezzo più basso, con cui la stazione appaltante seleziona l'impresa che offra la prestazione al minor costo per la pubblica amministrazione, e criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa¹⁵⁴ in cui, oltre al prezzo, sono presi in considerazione in misura prevalente i profili dell'offerta che attengono alla qualità del prodotto. Per la stazione appaltante, come chiarito in più occasioni dalla giurisprudenza e dall'autorità di vigilanza sui contratti pubblici (Avcp), si tratterà di una scelta sì discrezionale (discrezionalità tecnica) ma che dovrà giustificarsi in base a criteri obiettivi che garantiscano i principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento e che assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza¹⁵⁵ ed in ragione del criterio di adeguatezza della scelta in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto come enunciato dall'art. 81, comma 2, d.lgs. n. 163 del 2006¹⁵⁶.

¹⁵³ Su cui cfr. P. DE NICTOLIS, R. DE NICTOLIS, *Il criterio del prezzo più basso e il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, cit., III, 2100 ss.. Il problema, evidentemente, non si porrebbe nemmeno qualora si utilizzasse il criterio del prezzo più basso. In merito alla scelta del criterio di aggiudicazione tra quello del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, cfr. Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, determinazione 08 ottobre 2008, *Utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa negli appalti pubblici di lavori*, in *G.U.* 21 novembre 2008 n. 273.

¹⁵⁴ Cfr. Cons. St. sentenza n. 7259/2009, «la scelta da parte dell'amministrazione dei criteri di valutazione dell'Oepv, pur essendo connotata da ampia discrezionalità, deve avvenire nel rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non discriminazione, dovendo in ogni caso i singoli criteri essere riferiti direttamente ed esclusivamente alle prestazioni che formano oggetto specifico dell'appalto ed essere pertinenti alla natura, all'oggetto ed al contenuto del contratto».

¹⁵⁵ Cfr. considerando n. 46 della direttiva 2004/18/CE.

¹⁵⁶ Cfr. Avcp determinazione n. 5 del 2008: «Le stazioni appaltanti, pertanto, sono vincolate, nella scelta del criterio di aggiudicazione, a valutarne l'adeguatezza rispetto alle caratteristiche oggettive e specifiche del singolo contratto. Ciò comporta che, nella fase di elaborazione della strategia di gara, la stazione appaltante è tenuta ad interrogarsi se lo specifico interesse pubblico che intende perseguire attraverso l'indizione della gara sia più adeguatamente soddisfatto tenendo conto esclusivamente del fattore prezzo o se, invece, sia preferibile valutare una giusta combinazione di elementi quantitativi e qualitativi delle offerte. Una valutazione di tal fatta, poi, deve tener conto delle caratteristiche dei lavori messi a gara posto che è da essi che «può ricavarsi se siano o meno prevalenti gli elementi legati ad aspetti qualitativi rispetto al dato puramente numerico», come affermato dalla V sezione del Consiglio di Stato, nella sentenza n. 2848 del 9 giugno 2008, per un appalto di servizi e che, stante l'identità di ratio, non può non ritenersi pienamente applicabile anche ai lavori. 5. Ne deriva che potrà essere adeguato al perseguimento delle esigenze dell'amministrazione il criterio del prezzo più basso quando l'oggetto del contratto non sia caratterizzato da un particolare valore tecnologico o si svolga secondo procedure largamente standardizzate. In questo caso, qualora la stazione appaltante sia in grado di predeterminare in modo sufficientemente preciso l'oggetto del contratto, potrà non avere interesse a valorizzare gli aspetti qualitativi dell'offerta, in quanto l'esecuzione del contratto secondo i mezzi, le modalità ed i tempi previsti nella documentazione di gara è già di per sé in grado di soddisfare nel modo migliore possibile l'esigenza dell'amministrazione. L'elemento quantitativo del prezzo rimane quindi l'unico criterio di aggiudicazione. 6. Al contrario, la scelta del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa verrà in considerazione quando le caratteristiche oggettive dell'appalto inducano a ritenere rilevanti, ai fini dell'aggiudicazione, uno o più aspetti

Ciò non significa che nel caso di scelta da parte della pubblica amministrazione del criterio del prezzo più basso le valutazioni in ordine alla protezione dell'ambiente non possano trovare ingresso all'interno della procedura per l'affidamento del contratto di appalto, ma soltanto che “nel caso di procedure di gara indette con il criterio del prezzo più basso, la via per l'ingresso di considerazioni ambientali risieda nella definizione dell'oggetto del contratto e, in secondo luogo, nella definizione dei requisiti di partecipazione; per le gare indette con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si potrà invece stimolare l'apporto progettuale dei concorrenti rispetto alla tutela dell'ambiente modellando per primi i criteri di aggiudicazione dell'appalto”¹⁵⁷.

L'integrazione dell'ambiente nel segmento della definizione del soggetto risulta strettamente connesso al segmento di scelta del contraente.

qualitativi. In questo caso l'amministrazione potrà ritenere che l'offerta più vantaggiosa per la specifica esigenza sia quella che presenta il miglior rapporto qualità/prezzo. Può essere di fondamentale ausilio, ai fini di tale valutazione, l'esame della rilevanza, all'interno dello specifico contratto, dei fattori indicati, a titolo esemplificativo, dall'art. 83 del decreto legislativo n. 163/2006 quali criteri di valutazione in caso di aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa: «b) la qualità; c) il pregio tecnico; d) le caratteristiche estetiche e funzionali; e) le caratteristiche ambientali; f) il costo di utilizzazione e manutenzione; g) la redditività; h) il servizio successivo alla vendita; i) l'assistenza tecnica; l) la data di consegna ovvero il termine di consegna o di esecuzione; m) l'impegno in materia di pezzi di ricambio; n) la sicurezza di approvvigionamento; o) in caso di concessioni, altresì la durata del contratto, le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare agli utenti». Si sottolinea che il decreto legislativo n. 152/2008 ha soppresso l'ultimo periodo del comma 4 dell'art. 83, vale a dire il potere della commissione giudicatrice di fissare i criteri motivazionali per l'attribuzione dei punteggi; ciò significa che viene implicitamente sancito che le modalità di ripartizione dei punteggi per ogni criterio di valutazione devono essere predeterminate a monte, in sede di stesura del bando di gara. Secondo il considerando 46 della direttiva n. 2004/18/CE, le amministrazioni aggiudicatrici «stabiliscono i criteri economici e qualitativi che, nel loro insieme, devono consentire di determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa per l'amministrazione aggiudicatrice». Ne deriva che la stazione appaltante dovrà valutare se uno o più degli aspetti qualitativi dell'offerta concorrano, insieme al prezzo, all'individuazione della soluzione più idonea a soddisfare l'interesse sotteso all'indizione della gara. Solo in questo caso, infatti, corrisponde all'interesse pubblico l'utilizzo del sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa. A titolo ulteriormente esemplificativo, si rileva che ciò potrà venire in considerazione quando, con riferimento allo specifico oggetto del contratto, assuma particolare rilevanza l'organizzazione del lavoro (ad esempio, nel caso di organizzazione di cantieri per lavori che devono essere resi in costanza di prestazione del servizio potrebbe essere utile valorizzare le offerte che garantiscono i minori impatti sulla prestazione del servizio stesso), o le caratteristiche tecniche dei materiali (ad esempio, materiali innovativi che garantiscono una maggiore durabilità o una maggiore sicurezza in caso di impianti idrici, termici, ecc.), o l'impatto ambientale (ad esempio, quando l'opera debba essere fruita dalla collettività si potrebbe avere interesse all'uso di materiali a basso impatto ambientale, riciclabili, ecc.), o la metodologia utilizzata, quando si tratti di lavori non standardizzati, ecc. In ogni caso si dovrà fare riferimento ad elementi che attengono all'oggetto dell'appalto e che siano tali da evidenziare un maggior pregio della proposta contrattuale che dovrà essere resa in favore dell'amministrazione appaltante e non che attengano a caratteristiche o qualità soggettive del concorrente”.

¹⁵⁷ Cfr. C. GUCCIONE – L. PALATUCCI, *Profili ambientali nelle procedure ad evidenza pubblica*, in P. DELL'ANNO – E. PICOZZA (diretto da) *Trattato dell'ambiente*, vol. II, Padova, 2013, p. 776: “[...] Ciò significa che, dal punto di vista dell'interesse ambientale, sarà preferibile il criterio del prezzo più basso quando le caratteristiche ambientali delle prestazioni possono essere definite con precisione; il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa quando, oltre alla richiesta di prestazioni di base, sia opportuno instaurare una competizione sul miglioramento di questo *minimum*”.

Sempre in riferimento all'aspetto del collegamento con l'oggetto del contratto, dottrina e giurisprudenza hanno rilevato come questo possa considerarsi soddisfatto non solo quando il criterio di selezione si riferisca al profilo ambientale dell'oggetto contrattuale, ma altresì quando ricorrano altri presupposti¹⁵⁸, in ragione della non tassatività dell'elenco presente nella normativa nazionale e comunitaria¹⁵⁹.

Alcuni autori hanno, infatti, fatto ricorso al concetto di "impronta ecologica" per la determinazione dell'oggetto, ma tale parametro presta il fianco a varie obiezioni tra cui l'incerta determinazione in concreto della sua misura e delle cause che la determinano. Pertanto, per essere ritenuta legittima, la clausola ecologica inserita tra i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa doveva consentire il collegamento dell'oggetto dell'appalto alla tutela dell'ambiente, intesa anche come riduzione dell'impronta ecologica determinata dal bene o servizio oggetto del contratto¹⁶⁰.

Le basi normative del d.lgs. n. 163 del 2006 dell'ingresso di clausole ambientali all'interno della fase di definizione dell'oggetto del contratto si individuavano nell'art. 68 relativo alle specifiche tecniche¹⁶¹ e nell'art. 69 relativo alle prescrizioni di condizioni particolari di esecuzione del contratto¹⁶².

¹⁵⁸ Cfr. caso *Concordia Bus Finland* dove oggetto del contratto era la fornitura di energia, la cui caratteristica preferibile per l'Amministrazione aggiudicatrice era la provenienza da fonti rinnovabili. Nel corpo della sentenza, conseguentemente, il Giudice comunitario ha ritenuto ammissibile far riferimento a tale caratteristica ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto: «la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici non osta a che un'amministrazione aggiudicatrice utilizzi, nell'ambito della valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa per aggiudicare un appalto di fornitura di elettricità, un criterio che impone la fornitura di elettricità ottenuta da fonti di energia rinnovabili [...] Considerata quindi l'importanza dell'obiettivo perseguito dal criterio controverso nella causa principale, la ponderazione di quest'ultimo al 45% non sembra impedire una valutazione sintetica dei criteri adottati per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa». Il giudizio di illegittimità da parte della Corte è derivato invece dall'impossibilità per la Stazione appaltante di verificare le predette qualità, motivo che l'ha condotta pertanto ad individuare una violazione del principio di parità di trattamento tra gli offerenti.

¹⁵⁹ Cfr. art. 83 d.lgs. 163/2006, art. 53 direttiva n. 18 del 2004 ed art. 55 direttiva n. 17 del 2004; con riferimento alle direttive comunitarie previgenti, Corte di Giustizia CE, 17 settembre 2002, causa C-513/99, *Concordia Bus Finland*, cit.: «Al fine di stabilire se e in quali condizioni l'amministrazione aggiudicatrice possa, conformemente al detto art. 36, n. 1, lett. a), prendere in considerazione criteri di natura ecologica, occorre constatare, in primo luogo, che, come risulta chiaramente dal testo di detta disposizione e, in particolare, dall'uso dell'espressione "ad esempio", i criteri che possono essere adottati come criteri di aggiudicazione di un appalto pubblico all'offerta economicamente più vantaggiosa non sono elencati in maniera esaustiva». Si veda altresì, in tal senso, Corte di Giustizia CE, 18 ottobre 2001, causa C-19/00, *SIAC Construction*, Racc. pag. I-7725, punto 35.

¹⁶⁰

¹⁶¹ Cfr. A. BIAGINI, *Commento all'art. 68*, in AA.VV., S. BACCARINI-G. CHINÈ-R. PROIETTI (a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, 2011; R. IZZO, *Commento all'art. 68*, in AA.VV., R. GAROFOLI-G. FERRARI (a cura di), *Codice degli appalti pubblici*, Roma, 2012; R. INVERNIZZI, *Specifiche tecniche*, in *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2004 in F.G. SCOCA-F.A. ROVERSI MONACO-G. MORBIDELLI (a cura di) *Sistema del diritto amministrativo italiano*; R.

Entrambe le disposizioni, che si fondano rispettivamente sugli artt. 23, 26 della direttiva 2004/18/CE e sugli artt. 34, 38 della direttiva 2004/17/CE, pur rilevando in materia di appalti verdi per il loro profilo di tutela ambientale in attuazione del principio dell'art. 2 comma 2, d.lgs. 163/2006 sembrano confermare che centrale nelle preoccupazioni del legislatore resta la tutela della concorrenza, del *favor participationis* e della *par condicio* degli operatori economici.

Nonostante, dunque, il valore ambientale non rappresenti più un vincolo esterno alle procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di contratti di appalti di lavori, servizi e forniture, ma un vincolo interno alle stesse, il sistema sembra essere orientato dalla intenzione di evitare che la stazione appaltante utilizzi la propria discrezionalità per limitare la concorrenza a favore di talune imprese.

Un interesse del sistema conforme a quanto si viene sostenendo sembra trovare un ancoraggio normativo proprio nell'art. 68 in materia di specifiche tecniche¹⁶³, nella parte in cui si impone

GAROFOLI, *Il nuovo testo unico europeo degli appalti pubblici. Le principali novità e le persistenti lacune regolamentari*, in *Serv. Pubbl. App.*, 2004; M. GENTILE-A. VARLARO SINISI, *Giro di vite ai bandi di forniture sotto soglia recanti indicazioni di specifici prodotti*, in *Urb. e app.*, 11/2014; C. GIURDANELLA, *Commento al codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2007; L. PERONCINI, *Bandi, avvisi e inviti*, in *Aa.Vv., Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007; V.D. SCIANCALEPORE, *Bandi, avvisi e inviti*, in M. BALDI- R. TOMEI (a cura di), *La disciplina dei contratti pubblici*, Milano, 2007; P. SANTORO-E. SANTORO, *Nuovo manuale dei contratti pubblici*, 2011; A. CIANFLONE-G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2012; C. CONTESSA, *Oggetto del contratto, procedura di scelta del contraente e selezione delle offerte nel nuovo codice dei contratti pubblici*, www.giustamm.it.

¹⁶² G. BIAGINI, *Commento all'art. 69*, in *AA.VV.*, S. BACCARINI-G. CHINÈ-R. PROIETTI (a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, 2011; R. IZZO, *Commento all'art. 69*, in *AA.VV.*, R. GAROFOLI-G. FERRARI (a cura di), *Codice degli appalti pubblici*, Roma, 2012; R. DE NICTOLIS, *Gli atti di gara e la relativa pubblicità*, in *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008; C. GIURDANELLA, *Commento al codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2007.

¹⁶³ Consapevole della criticità della fase di definizione dell'oggetto del contratto, sia il legislatore comunitario che quello nazionale hanno provveduto a disciplinare in modo estremamente attento le specifiche tecniche, ossia le modalità con cui la prestazione contrattuale viene descritta negli atti di gara, nonché le forme con cui le considerazioni ambientali possono essere integrate in questa fase nel rispetto del principio generale della clausola di equivalenza (*favor participationis*).

In giurisprudenza cfr. Tar Milano, sentenza n. 55/2014 "Il significato sostanziale che permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica e, in particolare, la disposizione dell'art. 68 del d.lgs. 163/2006, consiste, non solo nella massima partecipazione dei concorrenti, ma anche e soprattutto, attraverso questa, nel conseguimento di un bene (prodotto o servizio), da parte della stazione appaltante, che tecnicamente soddisfi, nel miglior modo possibile, proprio per la più ampia offerta consentita dal *favor participationis*, le esigenze della collettività che sono affidate alla cura dell'amministrazione"; Cons. St. sentenza n. 4541/2013 "l'art. 68 d.lgs. 163/2006, in attuazione del principio comunitario della massima concorrenza, prevede che le specifiche tecniche devono consentire parità di accesso a tutti gli offerenti e non devono comportare ostacoli non giustificati all'apertura alla concorrenza delle gare pubbliche. E' pertanto consentito, in linea generale, offrire qualsiasi mezzo appropriato anche non perfettamente identico a quello previsto nella legge di gara, purchè sia equivalente e raggiunga lo scopo della gara stessa. Il giudizio di equivalenza quindi non solo è previsto in astratto, ma va concretamente applicato. La c.d. clausola di equivalenza non è un principio che si imponga *ab externo* alla discrezionalità dell'amministrazione,

che queste debbano essere rese note anticipatamente in modo da consentire un “pari accesso agli offerenti” e da evitare “la creazione di ostacoli ingiustificati all’apertura dei contratti pubblici alla concorrenza”, evitando alle stazione appaltanti la possibilità di escludere le offerte “equivalenti”¹⁶⁴. La medesima *ratio* sembra ispirare anche l’art. 69, in cui si ribadiscono le

ma è al contrario un principio immanente alla stessa regola dell’evidenza pubblica e del suo immediato e fondamentale corollario, il *favor participationis*, presiedendo all’esercizio stesso della discrezionalità tecnica”.

¹⁶⁴ Art. 68, d.lgs. n. 163/2006: “1. Le specifiche tecniche definite al punto 1 dell’allegato VIII, figurano nei documenti del contratto, quali il bando di gara, il capitolato d’oneri o i documenti complementari. Ogniqualvolta sia possibile dette specifiche tecniche devono essere definite in modo da tenere conto dei criteri di accessibilità per i soggetti disabili, di una progettazione adeguata per tutti gli utenti, della tutela ambientale. 2. Le specifiche tecniche devono consentire pari accesso agli offerenti e non devono comportare la creazione di ostacoli ingiustificati all’apertura dei contratti pubblici alla concorrenza. 3. Fatte salve le regole tecniche nazionali obbligatorie, nei limiti in cui sono compatibili con la normativa comunitaria, le specifiche tecniche sono formulate secondo una delle modalità seguenti: a) mediante riferimento a specifiche tecniche definite nell’allegato VIII, e, in ordine di preferenza, alle norme nazionali che recepiscono norme europee, alle omologazioni tecniche europee, alle specifiche tecniche comuni, alle norme internazionali, ad altri sistemi tecnici di riferimento adottati dagli organismi europei di normalizzazione o, se questi mancano, alle norme nazionali, alle omologazioni tecniche nazionali o alle specifiche tecniche nazionali in materia di progettazione, di calcolo e di realizzazione delle opere e di messa in opera dei prodotti. Ciascun riferimento contiene la menzione «o equivalente»; b) in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, che possono includere caratteristiche ambientali. Devono tuttavia essere sufficientemente precisi da consentire agli offerenti di determinare l’oggetto dell’appalto e alle stazioni appaltanti di aggiudicare l’appalto; c) in termini di prestazioni o di requisiti funzionali di cui alla lettera b), con riferimento alle specifiche citate nella lettera a), quale mezzo per presumere la conformità a dette prestazioni o a detti requisiti; d) mediante riferimento alle specifiche di cui alla lettera a) per talune caratteristiche, e alle prestazioni o ai requisiti funzionali di cui alla lettera b) per le altre caratteristiche. 4. Quando si avvalgono della possibilità di fare riferimento alle specifiche di cui al comma 3, lettera a), le stazioni appaltanti non possono respingere un’offerta per il motivo che i prodotti e i servizi offerti non sono conformi alle specifiche alle quali hanno fatto riferimento, se nella propria offerta l’offerente prova in modo ritenuto soddisfacente dalle stazioni appaltanti, con qualsiasi mezzo appropriato, che le soluzioni da lui proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche. 5. Può costituire un mezzo appropriato una documentazione tecnica del fabbricante o una relazione sulle prove eseguite da un organismo riconosciuto. 6. L’operatore economico che propone soluzioni equivalenti ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche equivalenti lo segnala con separata dichiarazione che allega all’offerta. 7. Quando si avvalgono della facoltà, prevista al comma 3, di definire le specifiche tecniche in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, le stazioni appaltanti non possono respingere un’offerta di lavori, di prodotti o di servizi conformi ad una norma nazionale che recepisce una norma europea, ad un’omologazione tecnica europea, ad una specifica tecnica comune, ad una norma internazionale o ad un riferimento tecnico elaborato da un organismo europeo di normalizzazione se tali specifiche contemplano le prestazioni o i requisiti funzionali da esse prescritti. 8. Nell’ipotesi di cui al comma 7, nella propria offerta l’offerente è tenuto a provare in modo ritenuto soddisfacente dalle stazioni appaltanti e con qualunque mezzo appropriato, che il lavoro, il prodotto o il servizio conforme alla norma ottempera alle prestazioni o ai requisiti funzionali prescritti. Si applicano i commi 5 e 6. 9. Le stazioni appaltanti, quando prescrivono caratteristiche ambientali in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, quali sono contemplate al comma 3, lettera b), possono utilizzare le specifiche dettagliate o, all’occorrenza, parti di queste, quali sono definite dalle ecoetichettature europee (multi)nazionali o da qualsiasi altra ecoetichettatura, quando ricorrono le seguenti condizioni: a) esse siano appropriate alla definizione delle caratteristiche delle forniture o delle prestazioni oggetto dell’appalto; b) i requisiti per l’etichettatura siano elaborati sulla scorta di informazioni scientifiche; c) le ecoetichettature siano adottate mediante un processo al quale possano partecipare tutte le parti interessate, quali gli enti governativi, i consumatori, i produttori, i distributori e le organizzazioni ambientali; d) siano accessibili a tutte le parti interessate. 10. Nell’ipotesi di cui al comma 9 le stazioni appaltanti possono precisare che i prodotti o servizi muniti di ecoetichettatura sono presunti conformi alle specifiche tecniche definite nel capitolato d’oneri; essi devono accettare qualsiasi altro mezzo di prova appropriato, quale una documentazione tecnica del fabbricante o una relazione di prova di un organismo riconosciuto. 11. Per «organismi riconosciuti» ai sensi del presente articolo si intendono i laboratori di prova, di calibratura e gli organismi di ispezione e di certificazione

esigenze di certezza giuridica e di tutela della concorrenza attraverso il principio della previa conoscibilità nel bando delle clausole ambientali rispetto all'esecuzione del contratto ed il principio della necessaria compatibilità con il diritto comunitario¹⁶⁵.

Entrambe le previsioni normative sembrano attuare la tutela dell'ambiente attraverso il mercato, il cui assetto pro-concorrenziale resta nelle intenzioni del legislatore un valore da non pregiudicare attraverso l'integrazione di ulteriori esigenze o valori. La concorrenza sembra rimanere un *prius* logico che sottende le *rationes* degli artt. 68 e 69, proprio perché l'adozione di particolari specifiche tecniche che restringano i beni e i servizi possono condurre alla riduzione dei concorrenti, fino "all'ipotesi estrema di un prodotto o servizio così dettagliato da coincidere con quello fabbricato oppure offerto da un'unica impresa sul mercato"¹⁶⁶.

Allo stesso modo, le prescrizioni relative alla fase di esecuzione del contratto di appalto sono potenzialmente idonee a produrre effetti restrittivi della concorrenza, sia quando dette prescrizioni abbiano un carattere discriminatorio, sia quando le stesse contemplino impegni irragionevolmente esigibili unicamente per alcune imprese.

In particolare, per quanto riguarda le specifiche tecniche, l'interesse del legislatore a che la *par condicio* non venga pregiudicata dalle clausole ambientali relative alla definizione dell'oggetto dell'appalto si esprime in un reticolo di norme: nel vincolo specifico ex art. 68, comma 3, in cui si prescrive che le due categorie di specifiche tecniche rappresentate dalla fissazione di "prestazioni o requisiti funzionali" (lett. b) siano formulate in modo sufficientemente preciso così da consentire di rendere determinato l'oggetto del contratto; nell'art. 68, comma 8, che

conformi alle norme europee applicabili. 12. Le stazioni appaltanti accettano i certificati rilasciati da organismi riconosciuti di altri Stati membri. 13. A meno di non essere giustificate dall'oggetto dell'appalto, le specifiche tecniche non possono menzionare una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare né far riferimento a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un'origine o a una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti. Tale menzione o riferimento sono autorizzati, in via eccezionale, nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile applicando i commi 3 e 4, a condizione che siano accompagnati dall'espressione «o equivalente».

¹⁶⁵ Art. 69, d.lgs. n. 163/2016: "1. Le stazioni appaltanti possono esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto comunitario e, tra l'altro, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, e purché siano precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando, o nel capitolato d'onori. 2. Dette condizioni possono attenersi, in particolare, a esigenze sociali o ambientali. 3. La stazione appaltante che prevede tali condizioni particolari può comunicarle all'Autorità, che si pronuncia entro trenta giorni sulla compatibilità con il diritto comunitario. Decorso tale termine, il bando può essere pubblicato e gli inviti possono essere spediti. 4. In sede di offerta gli operatori economici dichiarano di accettare le condizioni particolari, per l'ipotesi in cui risulteranno aggiudicatari".

¹⁶⁶ C. GUCCIONE-L. PALATUCCI, *Op. cit.*, p. 756.

vieta alle stazioni appaltanti di rifiutare prodotti che siano conformi ad altre norme tecniche che siano in grado di adempiere le prestazioni e di soddisfare i requisiti funzionali prescritti nel bando di gara (onere probatorio di conformità che incombe sull'offerente con le modalità della "documentazione tecnica del fabbricante" o della "relazione eseguita da un organismo riconosciuto" di cui all'art. 68, comma 5, cui rinvia il comma 8, e verifica di conformità da svolgersi prima dell'aggiudicazione definitiva); nell'art. 68, comma 13, con il divieto generale di richiedere una "fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare, un'origine o una produzione specifica" oppure un marchio o un brevetto con effetto escludente di talune imprese; nell'art. 138, comma 3, che nell'operare un rinvio mobile al piano di azione nazionale (d.m. 11 aprile 2008 del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare) prescrive alle stazioni appaltanti di tenere in considerazione i criteri ambientali soltanto "ove possibile", condizionando dunque l'applicazione delle clausole ambientali nella definizione dei contenuti del capitolato e dei contratti ad una valutazione tecnica da parte della stazione appaltante sulla loro compatibilità con le esigenze e finalità della concreta procedura di affidamento.

5.2. I criteri ambientali nella fase di ammissione.

Oltre alla definizione dell'oggetto dell'appalto, le stazioni appaltanti determinano anche i requisiti di ammissione dei candidati considerati idonei dall'ente aggiudicatore ai fini dell'esecuzione del contratto facendo riferimento, da un lato, agli eventuali motivi di esclusione dalla partecipazione alla gara d'appalto di un candidato e, dall'altro, alla capacità tecnica del candidato.

In materia di requisiti di ammissione le norme regolatrici sia comunitarie¹⁶⁷ sia nazionali, ai fini della tutela ambientale, prevedono l'esclusione, in base all'art. 38 del c.c.p., di soggetti che hanno subito una condanna per reati che incidano sulla moralità professionale¹⁶⁸, ovvero che

¹⁶⁷ Direttiva 2004/18/CE, considerando 43 <[...]Se il diritto nazionale contiene disposizioni in tal senso, il mancato rispetto della normativa ambientale o di quella degli appalti pubblici in materia di accordi illeciti, che sia stato oggetto di una sentenza definitiva o di una decisione avente effetti equivalenti, può essere considerato un reato che incide sulla moralità professionale dell'operatore economico o come una colpa grave>

¹⁶⁸ c.c.p., art. 38, comma 1, lettera c)

hanno commesso errore grave accertato in materia professionale¹⁶⁹. Non c'è nel codice alcun riferimento esplicito all'esclusione di soggetti che abbiano gravemente violato le norme poste a tutela ambientale, pertanto viene lasciata alle stazioni appaltanti ampio margine di discrezionalità. Tale potere deve essere esercitato avendo riguardo al tipo di reato commesso, alle relative circostanze, alla pena irrogata e al tempo trascorso dalla sua commissione, fornendo in ogni caso adeguata motivazione in merito alla decisione di escludere o ammettere alla gara il concorrente.

Nelle direttive 2014 si fa espresso riferimento alla possibilità in capo alle stazioni appaltanti di “[...]escludere operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili, per esempio a causa di violazioni di obblighi ambientali o sociali[...]”¹⁷⁰. L'intento del legislatore è quello di conferire agli aspetti ambientali un ruolo essenziale nella disciplina degli appalti pubblici, al punto non solo da essere inserito tra i principi generali in materia di aggiudicazione dei contratti, ma da rilevare anche ai fini della possibili cause di esclusione o ammissione dei concorrenti¹⁷¹. L'applicare dei motivi di esclusione facoltativi, nei confronti di operatori economici che si siano dimostrati inaffidabili, per esempio a causa di violazioni di obblighi ambientali o sociali, rientra nel potere di discrezionalità in capo alle stazioni appaltanti, le quali “[...]dovrebbero prestare particolare attenzione al principio di proporzionalità”¹⁷². Il predetto principio impone che la stazione appaltante, al fine di adottare un provvedimento proporzionato e che non sfoci nel vizio dell'eccesso di potere, deve tener conto dell'interesse primario, degli interessi con cui questo può venire in conflitto e di tutte le circostanze di fatto. Così, il Giudice Amministrativo rammenta che *“la facoltà delle stazioni appaltanti di richiedere nel bando di gara requisiti di partecipazione e di qualificazione ulteriori rispetto a quelli espressamente stabiliti dalla legge trova il limite nel principio di proporzionalità e ragionevolezza, nonché nel divieto di inutile aggravamento del procedimento di cui all'art. 1, comma 2 della l. n. 241 del 1990 (cfr. ad es. T.A.R. Liguria Genova, Sez. II, 23 giugno 2005, n. 940 e Consiglio Stato, Sez. IV, 28 aprile 2008, n. 1860). Pertanto, l'adeguatezza e la*

¹⁶⁹ c.c.p., art. 38, comma 1, lettera f)

¹⁷⁰ Direttiva 2014/24/EU, considerando 101. Direttiva 2014/25/EU, considerando 106.

¹⁷¹ ARECCHI L., *La tutela delle esigenze ambientali, sociali ed occupazionali nelle nuove Direttive in materia di contratti pubblici*, in A.V.C.P., 28 aprile 2014, consultabile al sito http://www.lineeavcp.it/wp-content/uploads/2014/04/Aspetti_socialiambientalioccupazionaliidirettiveUE_Luisa-Arecchi_23apr2014_FV.pdf

¹⁷² Direttiva 2014/24/EU, considerando 101; Direttiva 2014/25/EU, considerando 106.

*proporzionalità dei requisiti richiesti dal bando vanno valutate con riguardo non solo all'importo dell'appalto, ma al suo oggetto ed alle sue specifiche peculiarità, sicché la richiesta di un determinato fatturato, sia globale che in servizi analoghi, va commisurata al concreto interesse della stazione appaltante a una certa affidabilità del proprio interlocutore contrattuale, avuto riguardo alle prestazioni oggetto di affidamento*¹⁷³. L'attuale orientamento giurisprudenziale però non è del tutto uniforme, infatti il Consiglio di Stato ha affermato che “ *la stazione appaltante dispone di una certa discrezionalità nel fissare i requisiti di partecipazione alla singola gara, in modo più rigoroso ed anche in numero superiore rispetto a quelli minimi previsti dalla legge. Perciò, l'Amministrazione è legittimata ad introdurre, nella lex specialis della gara d'appalto che intende indire, disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti onde consentire la partecipazione alla gara stessa di soggetti particolarmente qualificati, specie per ciò che attiene al possesso di requisiti di capacità tecnica o finanziaria, tutte le volte in cui tale scelta non eccessivamente quanto irragionevolmente limitativa della concorrenza. Inoltre, la relativa scelta può essere sindacata dal giudice amministrativo in sede di legittimità solo in quanto sia manifestamente irragionevole, irrazionale, arbitraria, sproporzionata, illogica o contraddittoria* ”¹⁷⁴.

Per quel che concerne invece la capacità tecnica, le Amministrazioni saranno chiamate a valutare l'opportunità di richiedere particolari competenze in capo al potenziale contraente, da dimostrarsi mediante le modalità delineate dall'art. 42 del c.c.p. che disciplina i requisiti di capacità tecnica e professionale, oppure attraverso l'applicazione di misure di gestione ambientale tra le quali ovviamente primeggiano le certificazioni EMAS ed ISO351¹⁷⁵. L'articolo fa riferimento agli appalti di lavori e di servizi, ma la giurisprudenza l'ha esteso anche agli appalti di forniture¹⁷⁶. Questa disposizione introduce una serie di limiti alla discrezionalità delle stazioni appaltanti circoscrivendo l'ambito delle certificazioni ambientali che possono essere richieste ai fini della dimostrazione del requisito soggettivo ambientale. Le certificazioni alle quali la norma fa riferimento si distinguono dalle *Ecolabel* di prodotto, poiché riguardano l'attestazione della conformità a specifiche norme tecniche di sistemi di

¹⁷³ A.V.C.P., parere, 12 gennaio 2011, n. 3.

¹⁷⁴ Cfr., Cons. st., sez. V, 2 febbraio 2009, n. 525; Cons. st., sez. V, 19 novembre 2009, n. 7247.

¹⁷⁵ Cfr., M. OCCHIENA, *Norme di gestione ambientale*, in Trattato sui contratti pubblici, a cura di M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, Milano, 2008, II, pp. 1478; Direttiva 2004/18/CE, considerando 44.

¹⁷⁶ Cons. st., sez. III, 7 dicembre 2011, n. 6466.

gestione ambientale. Tale certificato permette di definire le modalità di implementazione, attuazione e verifica di un sistema di gestione ambientale basato sulla “politica ambientale” che l’organizzazione certificata ha intenzione di sviluppare.

Come espressamente ricordato anche dal legislatore comunitario del 2014, le amministrazioni aggiudicatrici “[...]dovrebbero poter esigere misure o sistemi di gestione ambientale durante l’esecuzione di un appalto pubblico dimostrando l’idoneità, delle capacità tecniche richieste, per realizzare l’appalto”¹⁷⁷. È prevista la possibilità, in capo all’operatore economico che non abbia la possibilità di accedere a tali sistemi di registrazione, di presentare una descrizione delle misure di gestione ambientale, con lo scopo di assicurare lo stesso livello di protezione ambientale delle misure richieste, come espressamente previsto dall’Allegato XII, parte II¹⁷⁸. Inoltre le stazioni appaltanti, tra i requisiti di partecipazione che riguardano capacità tecniche e professionali, “possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l’esperienza necessarie per eseguire l’appalto con un adeguato standard di qualità”¹⁷⁹. La rigorosa previsione e applicazione delle clausole in ordine al possesso dei requisiti tecnici per la partecipazione ai pubblici appalti è determinata dell’interesse della stessa P.A. di circoscrivere la gara alle sole imprese munite dei necessari presupposti funzionali all’esecuzione delle obbligazioni contrattuali.

Nonostante la carenza di una disciplina normativa di dettaglio, la giurisprudenza in più occasioni ha statuito nel senso di riconoscere nell’ambito della sfera di discrezionalità delle stazioni appaltanti il potere, in forza del principio di buon andamento che impone di ricercare la soluzione ottimale in rapporto al caso concreto, di dare ingresso alla tutela ambientale attraverso la previsione specifici requisiti di partecipazione.

Coerentemente con l’opzione ricostruttiva accolta in questa indagine, ancorata all’equilibrio del sistema su cui si fonda il d.lgs. 163/2006, occorre evidenziare come la discrezionalità delle stazioni appaltanti in ordine alla fissazione di requisiti di partecipazione ambientali non possa esprimersi in modo libero, ma soltanto compatibilmente con i principi di adeguatezza, proporzionalità, logicità e non discriminazione¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Direttiva 2014/24/EU, considerando 88; Direttiva 2014/25/EU, considerando 93.

¹⁷⁸ Direttiva 2014/24/EU, Allegato XII, parte II, (Mezzi di prova dei criteri di selezione).

¹⁷⁹ Direttiva 2014/24/EU, art. 58, comma 4;

¹⁸⁰ Cfr. Cons. St. sentenza n. 3103/2007; Cons. St. sentenza n.3665/2008; Cons. St. sentenza n. 2465/2005; Cons. St. sentenza n. 5823/2003.

5.3. I criteri ambientali nella fase di aggiudicazione

L'interesse ambientale, oltre ad influire sulla definizione dell'oggetto del contratto, trova ingresso nell'ultima fase della procedura d'appalto. Fase in cui l'ente aggiudicatore valuta la qualità delle offerte e confronta i prezzi.

Attualmente il codice prevede due criteri di aggiudicazione: il criterio del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa¹⁸¹.

L'art. 81 c.c.p. si considera espressione del principio di derivazione comunitaria, di esclusività/alternatività dei due meccanismi. La scelta deve essere determinata dal criterio che più si adegui *“in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto”*¹⁸². Tale scelta, come confermato dalla giurisprudenza amministrativa¹⁸³, è espressione di elevata e insindacabile discrezionalità della stazione appaltante, salvo il limite del rispetto dei principi di adeguatezza, logicità e ragionevolezza del sistema prescelto in relazione alle caratteristiche dell'appalto. Così precisa, al riguardo, il Consiglio di Stato che *“[...] sia la scelta del criterio più idoneo per l'aggiudicazione di un appalto (tra quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa e quello del prezzo più basso), sia la scelta dei criteri più adeguati (tra quelli esemplificativamente indicati dall'articolo 83 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163) per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, costituiscono espressione tipica della discrezionalità della stazione appaltante e, impingendo nel merito dell'azione amministrativa, sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, tranne che, in relazione alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, non siano manifestamente illogiche, arbitrarie, irragionevoli, irrazionali ovvero macroscopicamente viziate da travisamento di fatto, così che il giudice amministrativo non può sostituire con proprie scelte quelle operate dall'amministrazione (C.d.S., sez. IV, 8 giugno 2007, n. 3103; sez. V, 16 febbraio 2009, n. 837)”*¹⁸⁴. La previsione recepisce espressamente il principio sancito dalla CGCE nella pronuncia *Concordia Bus Finland*: il bando di gara rappresenta

¹⁸¹ c.c.p. art. 82 e 83.

¹⁸² c.c.p. art. 81.

¹⁸³ Cfr., T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 26 giugno 2008, n. 853; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 29 aprile 2009, n. 4396; T.A.R. Veneto, Sez. I, 15 settembre 2009, n. 2404; T.A.R. Calabria; Cons. st., Sez. VI, 14 luglio 2011, n. 4277.

¹⁸⁴ Cons. st., Sez. V, 19 novembre 2009, n.7259

quindi, contestualmente, una libertà e un'autolimitazione per la pubblica amministrazione procedente. Siffatto libero apprezzamento, come anticipato, costituisce una tipica espressione della discrezionalità tecnica della stazione appaltante sottratta al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, eccezione fatta per tutte quelle determinazioni che potrebbero, sempre in relazione all'oggetto ed alle specifiche tecniche dell'appalto, presentarsi manifestamente illogiche, arbitrarie oppure viziate da travisamento dei fatti, onde favorire indebitamente taluni operatori a scapito di altri¹⁸⁵. D'altronde, l'introduzione di norme destinate a vincolare l'adozione di un determinato criterio di aggiudicazione sarebbero incompatibili con la normativa comunitaria, come evidenziato dalla stessa CGCE nella sentenza del 7 ottobre 2004, causa C-247/02¹⁸⁶, perché impedirebbe a priori all'ente aggiudicatore di accedere, di volta in volta, al criterio più adatto secondo le caratteristiche della singola fattispecie. Ciò ha spinto il legislatore a delineare dei limiti tali da consentire l'esercizio di una attività amministrativa quanto più imparziale e trasparente possibile¹⁸⁷.

All'interno di questa fondamentale bipartizione è evidente che risulta più idoneo a perseguire esigenze di carattere ambientale, la procedura di gara che utilizza il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e non quella con il prezzo più basso, perché, in quest'ultimo caso, la gara sarebbe aggiudicata in base alla sola componente economica (il prezzo). Conseguentemente si deve ritenere che nel caso di procedure di gara indette con il criterio del prezzo più basso, la via per l'ingresso di considerazioni ambientali risiede solamente nella definizione dell'oggetto del contratto, descritta da specifiche tecniche ovvero da eventuali condizioni particolari di esecuzione del contratto. Pertanto il ricorso a tale ultimo criterio, può presentarsi adeguato esclusivamente quando l'oggetto del contratto ha connotati di ordinarietà

¹⁸⁵ Cfr.; TAR Trieste sez. I, 13 gennaio 2011, n.17, *“Nel merito la censura è infondata perché la scelta del criterio più idoneo per l'aggiudicazione di un appalto (tra quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa e quello del prezzo più basso), così come la scelta dei criteri più adeguati, tra quelli esemplificativamente indicati dall'art. 83, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, costituiscono espressione tipica della discrezionalità della stazione appaltante e, impingendo nel merito dell'azione amministrativa, sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, tranne che, in relazione alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, non appaiano manifestamente illogiche, arbitrarie ovvero macroscopicamente viziate da travisamento di fatto, con la conseguenza che il giudice amministrativo non può sostituire con proprie scelte quelle operate dall'Amministrazione[...]”*.(v., da ultime, Cons. Stato, sez. V, sent. n. 3890 del 22.06.2010; T.A.R. Liguria, Genova, sez. II, sent. 02.02.2010 n. 233.).

¹⁸⁶ Decisione nella quale è stata dichiarata non conforme al diritto comunitario la previsione dell'art. 21, co. 1, legge 11 febbraio, n. 109, nella parte in cui non consentiva alle amministrazioni procedenti, nelle procedure aperte o ristrette, di scegliere caso per caso il criterio di aggiudicazione più idoneo.

¹⁸⁷ GAVERINI F., *La protezione dell'ambiente tra solidarietà e mercato*, in tesi di dottorato presso l'Università degli studi di Bergamo, 2009.

in relazione alla diffusa presenza sul mercato di operatori in grado di offrire il prodotto richiesto, la cui consolidata standardizzazione garantisce l'assenza di particolari esigenze riconducibili a specifiche e limitate qualificazioni¹⁸⁸.

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa si fonda su una pluralità di elementi di natura qualitativa ed economica tra loro integrati, la cui determinazione, con l'indicazione del relativo peso, è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante¹⁸⁹. Per giurisprudenza costante tale scelta è connotata da ampia discrezionalità, “[...]dato che l'individuazione dei mezzi più idonei per la miglior cura dell'interesse pubblico involge una scelta di opportunità[...]”¹⁹⁰.

Nello specifico caso, in cui la stazione appaltante prenda in considerazione anche criteri ambientali, essi devono essere bilanciati con le altre esigenze della stazione appaltante ed essere collocati in un meccanismo imparziale di attribuzione dei punteggi. È evidente che laddove si consentisse di anettere un valore sproporzionato alla componente prezzo, rispetto a quello attribuito agli altri criteri, si vanificherebbe la *ratio* stessa dell'istituto dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ossia quella dell'individuazione dell'offerta che presenti il migliore rapporto qualità/prezzo¹⁹¹. Per tale motivo il legislatore dispone che il bando di gara

¹⁸⁸ CAPONIGRO R., *Valutazione delle offerte e verifica delle anomalie*, in Relazione al convegno sul regolamento attuativo del codice dei contratti pubblici organizzato a Milano da Convevia, 2011, consultabile su: www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁸⁹ T.A.R. Veneto, sez. I, 15 settembre 2009, n. 2404, “*In materia di specificazione dei criteri per la valutazione delle offerte secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa l'art. 83 del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 riconosce all'Amministrazione che indice la gara un'ampia discrezionalità tecnico-amministrativa al fine di definire nell'ambito della lex specialis gli elementi di giudizio dell'offerta tecnica: discrezionalità che non può essere oggetto di sindacato giurisdizionale se non in presenza di macroscopiche irrazionalità e incongruenze (cfr. sul punto, ad es., T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 29 ottobre 2008 n. 1480). Rimane comunque ferma la necessità che l'Amministrazione aggiudicante predefinisca il peso che ciascuno degli elementi di valutazione da essa predeterminati assumerà nel giudizio finale dell'offerta tecnica, anche non necessariamente abbinandovi un punteggio determinato in modo assoluto, ma quantomeno individuando la rispettiva incidenza che il singolo parametro avrà rispetto agli altri e nel giudizio complessivo: a tale obbligo corrisponde un onere sul piano della motivazione del giudizio della commissione di gara, occorrendo che la stazione appaltante chiarisca la composizione analitica della sua valutazione per ciascuna voce, indicando quale sia il peso specifico che il singolo elemento ha avuto nella valutazione dell'offerta relativa a quella voce (così Cons. Stato, Sez. V, 27 dicembre 2007 n. 6683). L'art. 83, comma 2, del D.L.vo 163 del 2006 rende invero obbligatoria l'indicazione, da parte della lex specialis di gara, dei criteri di valutazione, precisando “la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, anche mediante una soglia espressa con un valore numerico determinato in cui lo scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento cui si riferisce la soglia deve essere appropriato”.*”

¹⁹⁰ Così Cons. St., sez. V, 21 novembre 2007, 5911; Cons. St., sez. V, 16 febbraio 2009, n. 837; Cons. St., sez. V, 16 giugno 2010, n. 3806.

¹⁹¹ CONTESSA C., *L'offerta economicamente più vantaggiosa: brevi note su un istituto ancora in cerca di equilibri*, in Giustizia Amministrativa, 2010.

elenchi i criteri di valutazione, precisi la ponderazione attribuita a ciascuno di essi¹⁹² e, qualora necessario, preveda i *sub-criteri* e *sub-pesi*¹⁹³, “*a tale obbligo corrisponde un onere sul piano della motivazione del giudizio della commissione di gara, occorrendo che la stazione appaltante chiarisca la composizione analitica della sua valutazione per ciascuna voce, indicando quale sia il peso specifico che il singolo elemento ha avuto nella valutazione dell’offerta relativa a quella voce (così Cons. Stato, Sez. V, 27 dicembre 2007 n. 6683)*”. Ove la stazione appaltante non sia in grado di stabilirli tramite la propria organizzazione, provvede a nominare uno o più esperti con il decreto o la determina a contrarre, affidando ad essi l’incarico di redigere i criteri, i pesi, i punteggi e le relative specificazioni, che verranno indicati nel bando di gara¹⁹⁴.

Pertanto il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa ha la prerogativa di non consentire soltanto una concorrenza sul prezzo, ma anche su una pluralità di altri fattori, realizzando quella che potrebbe essere definita una vera e propria “concorrenza di condizioni”¹⁹⁵. Il ricorso al criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa è ammesso per tutte le tipologie di acquisizione indipendentemente dai valori delle soglie di riferimento e si configura quale unico criterio di aggiudicazione in caso di dialogo competitivo¹⁹⁶, concessione di lavori pubblici¹⁹⁷, finanza di progetto¹⁹⁸, locazione finanziari per opere pubbliche o di pubblica utilità¹⁹⁹ e contratto di disponibilità²⁰⁰. Pare pienamente legittimo inserire nell’offerta economicamente più vantaggiosa criteri ambientali di scelta, perché tale criterio è composto sempre da due o più elementi²⁰¹ oltre al prezzo. Tale facoltà è esercitabile a

¹⁹² c.c.p., art. 83, comma 2.

¹⁹³ c.c.p., art. 83, comma 4.

¹⁹⁴ Gli artt. 120 e 283 del d.P.R. 207/2010, rispettivamente, per i lavori e per i servizi e le forniture, prevedono che, in caso di aggiudicazione con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, i “pesi” o i “punteggi” da assegnare ai criteri di valutazione, eventualmente articolati in “sub-pesi” o “sub-punteggi” ed indicati nel bando di gara, devono essere globalmente pari a 100. Per i contratti di cui all’articolo 53, comma 2, lettere b) e c), del codice i fattori ponderali da assegnare ai “pesi” o “punteggi” attribuiti agli elementi riferiti alla qualità, al pregio tecnico, alle caratteristiche estetiche e funzionali e alle caratteristiche ambientali non devono essere complessivamente inferiori a 65.

¹⁹⁵ COLOSIMO C., *L’oggetto del contratto*, cit.

¹⁹⁶ c.c.p., art. 58.

¹⁹⁷ c.c.p., art. 144.

¹⁹⁸ c.c.p., art. 153.

¹⁹⁹ c.c.p., art. 160 bis.

²⁰⁰ c.c.p., art. 160 ter.

²⁰¹ Tra questi altri criteri possiamo comprendere: la qualità, il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali, le caratteristiche ambientali, il costo di utilizzazione, la redditività, il servizio successivo alla vendita, l’assistenza tecnica, la data di consegna o di esecuzione.

condizione che i criteri ambientali siano pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto e purché siano rispettati i principi comunitari di pubblicità, non discriminazione, *par condicio*, concorrenza e proporzionalità.

Il codice all'articolo in questione, come modificato dal d.lgs. 31 luglio 2007 n. 113²⁰², fa espresso riferimento oltre all'inserimento di caratteristiche ambientali anche a caratteristiche che contengano i consumi energetici.

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa consente di qualificare ulteriormente l'offerta rispetto a quanto viene individuato e descritto dalla stazione appaltante nella documentazione di gara. Ciò è possibile attribuendo un punteggio tecnico a prestazioni ambientali più elevate, tipiche di soluzioni innovative meno diffuse, volte a stimolare e premiare l'eco-innovazione del mercato, senza però comprometterne l'esito della gara. Tale valutazione di attribuzione del "punteggio/peso" rientra nel novero del potere discrezionale esercitato dalla stazione appaltante. Sicché, il principio del miglior rapporto qualità/prezzo va inteso nel senso che, ad un certo prezzo, la stazione appaltante dovrebbe individuare la prestazione che presenta i migliori aspetti qualitativi laddove è intuitivo che, al crescere del rilievo attribuito all'elemento prezzo, decresce il rilievo attribuito agli elementi qualitativi. Laddove si attribuisca all'elemento prezzo un peso ponderale superiore al 35%²⁰³ rispetto agli elementi qualitativi, la pubblica amministrazione può incorrere nel vizio di violazione di legge, in quanto tale possibilità non è prevista per la natura stessa del criterio in questione.

La necessaria e obbligatoria comunicazione ai concorrenti della scelta dei criteri di valutazione, la specificazione eventuale di sub criteri, la predeterminazione dei punteggi e dei sub punteggi, attraverso il bando di gara o in documenti equivalenti nel caso di procedure ristrette, negoziate o dialogo competitivo, consente di rendere noto ai concorrenti, sin dall'inizio della procedura, le esigenze della stazione appaltante²⁰⁴. L'onere di informazione costituisce un inderogabile principio, la cui inosservanza vizia irrimediabilmente l'azioni amministrativa.

²⁰² D.lgs. 31 luglio 2007, n. 113, art. 1, comma 1, lettera i). Disposizioni correttive ed integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, a norma dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62 (Legge comunitaria 2004).

²⁰³ CAPONIGRO R., *Valutazione delle offerte*, cit.

²⁰⁴ Cons. St., sez. VI, 22 gennaio 2001, n.192.

Pertanto, occorre rilevare, che la scelta degli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e la fissazione dei criteri di attribuzione dei punteggi, rientrano nel più ampio potere discrezionale esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice. Tale individuazione si rileva illogica o incongrua rispetto alle caratteristiche dell'appalto, ovvero sotto il profilo della manifesta irrazionalità della distribuzione dei punteggi rispetto allo scopo dell'appalto, qualora fosse consentito, ad esempio, attribuire un valore ad un criterio tale da preconstituire nei confronti di alcuni concorrenti illegittime posizioni di vantaggio, come espressamente previsto dalla giurisprudenza nazionale²⁰⁵. Inoltre come ricordato più volte dal Consiglio di Stato tale facoltà non è illimitata, in quanto è esercitabile nel rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non discriminazione, ovvero nel rispetto dei principi di derivazione comunitaria²⁰⁶.

Come si è avuto modo di rilevare, presupposto fondamentale affinché sia possibile per le stazioni appaltanti inserire nei propri bandi delle "clausole verdi" di aggiudicazione è che esse siano collegate con l'oggetto del contratto. Concetto recepito dal pacchetto di direttive 2004 in materia, nonché dal D.lgs. 163/2006. A livello nazionale, tale concetto di <collegamento> è stato recepito utilizzando quello di <pertinenza> ai sensi del disciplinato art. 83 del c.c.p.²⁰⁷. La predetta <pertinenza>, nel caso della norma nazionale, si riferisce pertanto non solo all'oggetto del contratto ma anche alla sua natura ed alle sue caratteristiche. Pertanto è da chiedersi se le condizioni debbano ritenersi congiuntive o alternative, se cioè sia sufficiente che sussista la pertinenza di uno solo dei tre fattori indicati (natura, oggetto e caratteristiche del contratto), oppure se invece la pertinenza debba riferirsi a tutti e tre i fattori. Le norme appena menzionate, uniche a prescrivere nel contesto di riferimento il criterio di <collegamento> o di <pertinenza>, consentono ed impongono anzitutto di individuare precisamente il loro ambito di applicazione, onde evitare fraintendimenti sull'ampiezza della discrezionalità attribuita alla pubblica amministrazione nel delineare i contenuti di un bando di gara finalizzato alla stipula di un contratto. Le direttive 2004 e la normativa nazionale di riferimento non parlano di

²⁰⁵ cfr. A.V.C.P., parere 20 febbraio 2013, n. 16; Cons. st., sez. V, 16 marzo 2005 n. 1079.

²⁰⁶ Vedi, Cons. st., sez. V, 17 gennaio 2011, n.207; Cons. st., sez. VI, 23 febbraio 2011, n. 1136; Cons. st., sez. V, 20 dicembre 2011, n. 6696.

²⁰⁷ c.c.p., art. 83, comma 1, <quando il contratto è affidato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il bando di gara stabilisce i criteri di valutazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto.>

generici “*criteri relativi alla tutela dell’ambiente*”, bensì di specifiche caratteristiche che devono connotare l’oggetto del contratto²⁰⁸. Pertanto si potrà parlare di <collegamento> nei termini prescritti dalla giurisprudenza comunitaria qualora la “clausola ambientale” faccia riferimento ad una caratteristica, ossia ad una qualità o ad una proprietà dell’oggetto del contratto.

5.4. I criteri ambientali nella fase di esecuzione

Passando all’esame più specifico della disciplina ex art. 69, la stessa prevalenza della tutela dei valori della concorrenza sembrava emergere anche in punto di esecuzione del contratto. La differenza ontologica tra art. 69 ed art. 68 attiene al profilo strutturale, in quanto le specifiche tecniche attengono alla formulazione dell’offerta (giudizio di compatibilità dell’offerta con le prescrizioni del bando operato dalla stazione appaltante nel segmento ante-aggiudicazione della procedura), mentre le prescrizioni ex art. 69 attengono alla successiva fase di esecuzione del contratto, successiva all’aggiudicazione. Anche le prescrizioni ex art. 69, come le specifiche tecniche, devono però essere predeterminate con sufficiente specificazione nel bando di gara per insopprimibili ragioni di parità di trattamento degli operatori economici.

In via esemplificativa, tra le prescrizioni di condizioni particolari di esecuzione del contratto possono citarsi le c.d. clausole sociali ex art. 69, comma 2, in merito alle quali in più occasioni la giurisprudenza si è pronunciata nel senso della loro illegittimità in quanto lesive della concorrenza e della *par condicio*²⁰⁹. Rispetto a quelle aventi ad oggetto profili ambientali, occorre rilevare come non ci si riferisca agli obblighi derivanti direttamente dalla legge (l’indicazione di modalità di smaltimento dei materiali nei contratti di lavori pubblici), ma unicamente agli obblighi aggiuntivi che non siano già oggetto di specifiche prescrizioni normative. Quest’ultimi, come per esempio l’obbligo di utilizzare nella fase esecutiva dell’appalto macchinari a basso impatto energetico, oltre a comportare oneri aggiuntivi che la stazione appaltante dovrà quantificare e tener conto nella determinazione dell’importo a base d’asta e nella verifica dell’anomalia dell’offerta, dovranno di necessità essere compatibili con i

²⁰⁸ Direttiva 2004/18/CE, art. 53, comma 1, lettera a).

²⁰⁹ Cfr. nota n. 4 per i riferimenti giurisprudenziali.

principi di trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento e proporzionalità. Per operare questo giudizio di compatibilità con i principi del diritto comunitario, il codice prevedeva ex art. 69, comma 3, una specifica procedura condotta dall'Avcp che rendeva un parere facoltativo e non vincolante. Anche l'art. 69, come l'art. 68, prevede un rinvio esterno e mobile (cfr. art. 138, comma 3, lett. a) del regolamento di esecuzione) al d.m. 11 aprile 2008 ed ai successivi decreti attuativi, anche in questo caso "ove possibile", ancora a testimonianza del carattere non assoluto del valore della tutela ambientale almeno per quanto interessa la fase della determinazione dell'oggetto del contratto.

6. Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione (PAN GPP).

Parallelamente alle previsioni del d.lgs. n. 163/2006 relative all'integrazione dei profili di tutela ambientale negli appalti pubblici si pone l'atto pianificatorio indicato dalla legge finanziaria 2007, adottato nel 2008 a seguito della comunicazione 2003/302 della Commissione europea sulla politica integrata dei prodotti (IPP)²¹⁰ e del documento del 2005 relativo alle linee guida per la definizione dei piani di azione sugli acquisti pubblici verdi²¹¹.

Il piano d'azione nazionale (PAN GPP) costituiva già nella sua prima versione attuazione del principio di cui all'art. 2, comma 2, del d.lgs. 163/2006, come dimostrato dall'art. 138, comma 3, lett. a) del regolamento di attuazione di cui al d.p.r. n. 207/2010 nella parte in cui stabiliva che "al fine di attuare nella loro concreta attività di committenza il principio di cui all'art. 2 comma 2, del codice nonché l'art. 69 del codice, le stazioni appaltanti nella definizione dei contenuti del capitolato e dei contratti ai fini del perseguimento delle esigenze ambientali, tengono in considerazione, ai sensi dell'art. 68 del codice, ove possibile, i criteri di tutela ambientale di cui al decreto del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 11 aprile 2008, pubblicato nella Gazzetta ufficiale n. 107 del 8 maggio 2008, e successivi decreti attuativi"²¹².

²¹⁰ L'approccio basato sul Ciclo di vita è quello che emerge dalla strategia europea "Politica Integrata dei Prodotti (IPP)" che ha come documenti di base il Libro Verde² e la Comunicazione della Commissione sull'IPP³. La Politica Integrata di Prodotto ha lo scopo di rafforzare ed orientare le politiche ambientali riguardanti i prodotti e servizi per promuovere lo sviluppo di un mercato più "ecologico", incentrandosi, a tal fine, sul sistema prodotto/servizio con un approccio basato sull'analisi del ciclo di vita; propone una serie di strumenti e strategie mirati a indirizzare la progettazione, stimolare la domanda e l'offerta, favorire scelte informate dei consumatori e integrare le considerazioni economiche con quelle ambientali. L'approccio IPP si basa sulla constatazione che un intervento sul lato del mercato possa agevolare il conseguimento di obiettivi ambientali in maniera più efficace e in sinergia con le politiche ambientali settoriali; La Commissione europea invita gli "Stati membri a dotarsi di piani di azione accessibili al pubblico per l'integrazione di esigenze ambientali negli appalti pubblici [...] Tali piani non saranno giuridicamente vincolanti, ma serviranno a dare impulso politico al processo di attuazione delle misure necessarie a favorire una maggiore considerazione degli aspetti ambientali negli appalti pubblici e delle iniziative di sensibilizzazione permettendo lo scambio delle migliori pratiche in materia".

²¹¹ Cfr. d.m. n. 135 dell'11 aprile 2008, recante il piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione.

²¹² Cfr. art. 183, comma 3, d.p.r. n. 207/2010: "Al fine di attuare nella loro concreta attività di committenza il principio di cui all'articolo 2, comma 2, del codice nonché l'articolo 69 del codice, le stazioni appaltanti nella definizione dei contenuti del capitolato e dei contratti: a) ai fini del perseguimento delle esigenze ambientali, tengono in considerazione, ai sensi dell'articolo 68 del codice, 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, pubblicato nella Gazzetta ufficiale n. 107 dell'8 maggio 2008, e successivi decreti attuativi; b) ai fini del perseguimento delle esigenze sociali, hanno la facoltà di concludere protocolli di intesa o protocolli di intenti con soggetti pubblici con

Nella sua prima versione la natura giuridica del piano era quella di un atto a carattere non vincolante, un documento di indirizzo di tipo flessibile che sarebbe stato oggetto di revisione con cadenza triennale.

Sotto il profilo strutturale il piano si suddivideva in: una parte ricognitiva dell'evoluzione del *green public procurement* in sede europea, in una seconda parte dedicata alla normativa specifica in materia di livello europeo e nazionale, una terza parte che si occupa di strumenti e categorie di intervento, una quarta parte descrittiva degli obiettivi del piano, una quinta parte contenente indicazioni di metodo per enti pubblici destinatari, una sesta parte dedicata alla gestione del piano, una settima parte che indicava le azioni di supporto dello stesso (comunicazione, formazione, monitoraggio) ed un'ultima parte sulla copertura finanziaria delle attività inerenti il piano.

Il piano è stato successivamente oggetto di revisione con d.m. 10 aprile 2013 che tra le novità più rilevanti ai fini della presente indagine ha specificato il procedimento di formazione dei c.d. criteri ambientali minimi (CAM)²¹³.

Essi rappresentano ai sensi dell'art. 3 del d.m. 10 aprile 2013 requisiti di natura ambientale definiti con decreto del Ministro dell'ambiente, collegati ai distinti segmenti della procedura di evidenza pubblica (oggetto dell'appalto, specifiche tecniche, criteri premianti, condizioni di esecuzione dell'appalto) ed individuati nel numero di undici categorie merceologiche (arredi, edilizia, gestione dei rifiuti, servizi urbani e al territorio, servizi energetici, elettronica, prodotti tessili e calzature, cancelleria, ristorazione, servizi di gestione degli edifici, trasporti), implementate nel corso del tempo ed arrivate oggi al numero di diciassette.

competenze in materia di salute, sicurezza, previdenza, ordine pubblico nonche' con le organizzazioni sindacali e imprenditoriali"; art. 281: "Per gli appalti di servizi e forniture, la cui esecuzione puo' causare danni all'ambiente e che richiedono l'utilizzo di misure volte a proteggere l'ambiente, le stazioni appaltanti, nel richiedere l'applicazione di misure o sistemi di gestione ambientale, nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali tengono conto di criteri diretti alla riduzione dell'uso delle risorse naturali, di produzione dei rifiuti, del risparmio energetico, delle emissioni inquinanti e dei rischi ambientali, alle condizioni e secondo le modalita' previste dalla normativa vigente"; art. 283, comma 1: "In caso di aggiudicazione di servizi e forniture con il criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa, i pesi o punteggi da assegnare ai criteri di valutazione, eventualmente articolati in sub-pesi o sub-punteggi, di cui all'articolo 83, commi 1 e 4, del codice, ed indicati nel bando di gara o nella lettera di invito, devono essere globalmente pari a cento. Al fine della determinazione dei criteri di valutazione, le stazioni appaltanti hanno la facolta' di concludere protocolli di intesa o protocolli di intenti con soggetti pubblici con competenze in materia di ambiente, salute, sicurezza, previdenza, ordine pubblico nonche' con le organizzazioni sindacali e imprenditoriali, al fine di attuare nella loro concreta attivita' di committenza il principio di cui all'articolo 2, comma 2, del codice nonche' dell'articolo 69 del codice".

²¹³ Cfr. M. MAURI-L. CARPINETI, *Il manuale degli appalti verdi*, 2017.

Per la definizione dei c.a.m. sono stati istituiti i seguenti organismi: il comitato di gestione al quale è affidata l'attività di coordinamento e alcuni compiti tecnici, composto dai rappresentanti del Mattm, Mise, Mef, Mipaff, Anac, Ispra, Consip, Enea, Arpa e da due componenti in rappresentanza delle regioni; il tavolo di confronto permanente nella cui sede Mattm e Consip si confrontano con le centrali di acquisto regionale sui c.a.m. prima della loro adozione e prima di esaminare le eventuali criticità riscontrate in fase di applicazione.

Il comitato di gestione ha il compito di definire i c.a.m. attraverso la consultazione di gruppi di lavoro composti da esperti e da referenti delle associazioni di categoria dei produttori. I documenti elaborati sono nuovamente sottoposti ad un confronto con gli operatori economici, tramite le associazioni di categoria.

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

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

Le modalità di redazione dei c.a.m. consentono un loro utilizzo immediato da parte della stazione appaltante, la quale può utilizzarli attraverso una trascrizione diretta nei capitolati senza la necessità di ulteriori modifiche.

La redazione dei criteri ambientali minimi segue sotto il profilo della loro struttura un modello omogeneo rispetto a tutte le categorie merceologiche ad oggi oggetto di disciplina.

Nella premessa si riporta la normativa ambientale ed eventualmente sociale di riferimento, suggerimenti proposti alla stazione appaltante per l'analisi dei fabbisogni, ulteriori indicazioni relative all'espletamento della relativa gara e, laddove non è prevista la definizione di un documento di accompagnamento tecnico, l'approccio seguito per la definizione dei c.a.m.

Nell'oggetto il singolo c.a.m. richiede che nella descrizione dell'appalto vi siano riferimenti alla sostenibilità ambientale. Le stazioni appaltanti dovrebbero indicare sempre nell'oggetto dell'appalto il decreto ministeriale di approvazione dei criteri ambientali utilizzati.

Nella parte dedicata alla fase di selezione dei candidati i c.a.m. indicano i requisiti di qualificazione soggettiva atti a provare la capacità tecnica del candidato ad eseguire l'appalto in modo da recare i minor danni possibili all'ambiente.

Una ulteriore sezione dei c.a.m. è dedicata alla redazione delle specifiche tecniche (o criteri di base) che definiscono le caratteristiche previste per lavori, servizi o forniture.

A seguire nella struttura si colloca la determinazione dei criteri premianti, requisiti volti a selezionare prodotti/servizi con prestazioni ambientali migliori di quelle definite nelle specifiche tecniche.

La parte finale dei c.a.m. è dedicata all'inserimento di criteri di esecuzione, clausole contrattuali che forniscono indicazioni per dare esecuzione all'affidamento nel modo migliore dal punto di vista ambientale o sociale.

Ciascun criterio ambientale (di base o premiante) riporta inoltre nella sezione "Verifiche" i mezzi di prova per dimostrarne la conformità, sia in maniera diretta (certificazione di prodotto) che indiretta (certificazione di sistema o di processo).

Nonostante il loro iniziale carattere non vincolante, almeno fino alla l. n. 221 del 28 dicembre 2015 (il c.d. collegato ambientale alla legge di stabilità 2014) che tramite l'introduzione dell'art. 68-bis nel d.lgs. 163/2006 ha reso obbligatoria²¹⁴ l'applicazione dei cam, la portata dei criteri ambientali già nell'impianto del precedente codice rilevava sotto un duplice profilo.

²¹⁴ Art. 68-bis d.lgs. 163/2006: 1. Nell'ambito delle categorie per le quali il Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione, di cui al decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 11 aprile 2008, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 107 dell'8 maggio 2008, predisposto in attuazione dei commi 1126 e 1127 dell'articolo 1 della legge 27 dicembre 2006, n. 296, prevede l'adozione dei criteri ambientali minimi di cui all'articolo 2 del citato decreto 11 aprile 2008, è fatto obbligo, per le pubbliche amministrazioni, ivi incluse le centrali di committenza, di contribuire al conseguimento dei relativi obiettivi ambientali, coerenti con gli obiettivi di riduzione dei gas che alterano il clima e relativi all'uso efficiente delle risorse indicati nella comunicazione della Commissione europea "Tabella di marcia verso un'Europa efficiente nell'impiego delle risorse" [COM (2011) 571 definitivo], attraverso l'inserimento, nella documentazione di gara pertinente, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei sottoindicati decreti, relativi alle seguenti categorie di forniture e affidamenti: a) acquisto di lampade a scarica ad alta intensità, di alimentatori elettronici e di moduli a LED per illuminazione pubblica, acquisto di apparecchi di illuminazione per illuminazione pubblica e affidamento del servizio di progettazione di impianti di illuminazione pubblica: decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 23 dicembre 2013, pubblicato nel supplemento ordinario n. 8 alla Gazzetta Ufficiale n. 18 del 23 gennaio 2014, e successivi aggiornamenti; b) attrezzature elettriche ed elettroniche d'ufficio, quali personal computer, stampanti, apparecchi multifunzione e fotocopiatrici: decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 13 dicembre 2013, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 13 del 17 gennaio 2014, e successivi aggiornamenti; c) servizi energetici per gli edifici - servizio di illuminazione e forza motrice, servizio di riscaldamento/raffrescamento di edifici: decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 7 marzo 2012, pubblicato nel supplemento ordinario n. 57 alla Gazzetta Ufficiale n. 74 del 28 marzo 2012, e successivi aggiornamenti. 2. L'obbligo di cui al comma 1 si applica per almeno il 50 per cento del valore delle gare d'appalto sia sopra che

Per le stazioni appaltanti i cam svolgevano un ruolo di indirizzo della disciplina di gara, mentre in sede di tutela giurisdizionale degli operatori economici rappresentavano un parametro di verifica della legittimità delle scelte discrezionali compiute dalla stazione appaltante in ordine ai criteri di selezione dei concorrenti, alla definizione dell'oggetto del contratto e delle prescrizioni di particolari condizioni di esecuzione.

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

sotto la soglia di rilievo comunitario previste per le seguenti categorie di forniture e affidamenti oggetto dei decreti recanti criteri ambientali minimi sottoindicati: a) affidamento del servizio di gestione dei rifiuti urbani: allegato 1 al decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 13 febbraio 2014, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 58 dell'11 marzo 2014, e successivi aggiornamenti; b) forniture di cartucce toner e cartucce a getto di inchiostro, affidamento del servizio integrato di ritiro e fornitura di cartucce toner e a getto di inchiostro: allegato 2 al decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 13 febbraio 2014, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 58 dell'11 marzo 2014, e successivi aggiornamenti; c) affidamento del servizio di gestione del verde pubblico, per acquisto di ammendanti, di piante ornamentali, di impianti di irrigazione: decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 13 dicembre 2013, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 13 del 17 gennaio 2014, e successivi aggiornamenti; d) carta per copia e carta grafica: decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 4 aprile 2013, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 102 del 3 maggio 2013, e successivi aggiornamenti; e) ristorazione collettiva e derrate alimentari: allegato 1 al decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 25 luglio 2011, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 220 del 21 settembre 2011, e successivi aggiornamenti; f) affidamento del servizio di pulizia e per la fornitura di prodotti per l'igiene: decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 24 maggio 2012, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 142 del 20 giugno 2012, e successivi aggiornamenti; g) prodotti tessili: allegato 1 al decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 22 febbraio 2011, pubblicato nel supplemento ordinario n. 74 alla Gazzetta Ufficiale n. 64 del 19 marzo 2011, e successivi aggiornamenti; h) arredi per ufficio: allegato 2 al decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 22 febbraio 2011, pubblicato nel supplemento ordinario n. 74 alla Gazzetta Ufficiale n. 64 del 19 marzo 2011, e successivi aggiornamenti. 3. Il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, con proprio decreto, prevede un incremento progressivo della percentuale di cui al comma 2, relativamente ai prodotti e servizi di cui all'allegato 1 al decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 25 luglio 2011, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 220 del 21 settembre 2011, nell'arco di cinque anni, e aggiorna l'allegato medesimo, con la possibilità di prevedere ulteriori forme di certificazione ambientale, opportunamente regolamentate. 4. L'obbligo di cui ai commi 1 e 2 si applica anche alle forniture di beni e servizi e agli affidamenti di lavori oggetto di ulteriori decreti ministeriali di adozione dei relativi criteri ambientali minimi. 5. Ciascun soggetto obbligato all'attuazione delle disposizioni di cui al presente articolo è tenuto a pubblicare nel proprio sito internet istituzionale i bandi e i documenti di gara con le relative clausole contrattuali recanti i relativi criteri ambientali minimi, nonché l'indicazione dei soggetti aggiudicatari dell'appalto e i relativi capitolati contenenti il recepimento dei suddetti criteri ambientali minimi.

CAPITOLO III

Gli appalti pubblici di quarta generazione ed i criteri ambientali minimi: le principali novità ed i problemi ancora aperti.

Sommario: **1.** L'impianto generale e gli intenti delle direttive del 2014. **1.1.** Le specifiche tecniche. **1.2.** I criteri di aggiudicazione. **1.3.** I criteri di selezione. **1.4.** Le condizioni di esecuzione. **1.4.** Il costo del ciclo di vita. **1.5.** L'utilizzo di etichette. **1.6.** Prime valutazioni sulla riforma. **2.** Il nuovo codice dei contratti pubblici: le disposizioni dedicate allo sviluppo sostenibile nelle singole fasi del procedimento ad evidenza pubblica. Violazione dei CAM e forme di tutela. **2.1.** I criteri di valutazione ed i loro rapporti. La nuova offerta economicamente più vantaggiosa. **2.2.** Il costo del ciclo di vita. **2.3.** Medie-piccole-micro imprese, produzioni chilometri zero e filiera corta. **2.4.** Le clausole di esecuzione degli appalti.

1. L'impianto generale e gli intenti delle direttive del 2014.

Considerazioni di ordine economico, sociale e politico hanno indotto la Commissione europea ad adottare nuove direttive con l'intento di utilizzare gli appalti pubblici quale strumento di innovazione. Gli obiettivi dichiarati del nuovo quadro giuridico sono infatti compendiabili nella semplificazione normativa e nella efficienza delle regole a vantaggio delle stazioni appaltanti e degli operatori economici secondo i principi di trasparenza, di concorrenza e del *best value for money* (c.d. criterio BVM).

Una ragione specifica che ha spinto l'Unione europea al cambiamento del quadro normativo²¹⁵ delineato dalle precedenti direttive del 2004 è stata la convinzione di come gli appalti pubblici siano diventati uno strumento di politiche strategiche. Le nuove regole, infatti, incoraggiano le

²¹⁵ Per l'esame dei caratteri generali e delle principali novità recate dalla direttive UE del 2014 Cfr. C. H. BOVIS, *Highlights of the EU Procurement Reforms: The New Directive on Concessions*, in *Eur. Publ. Priv. Partnership Law Rev.*, 2014, 1; S. TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità*, Milano, 2007, e J. VAQUERO CRUZ, *Beyond Competition: Services of General Interest and European Community Law*, in G. DE BÚRCA (ed.), *EU Law and the Welfare State*; M. STEINICKE, *Qualification and Shortlisting*, in M. TRYBUS, R. CARANTA, G. EDELSTAM (eds) *EU Public Contract Law. Public Procurement and Beyond*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 112 s.

stazioni appaltanti ad integrare nel sistema degli appalti pubblici politiche ambientali e di protezione sociale.

Il considerando 91²¹⁶ della direttiva 2014/24/EU richiama proprio l'art. 11 TFUE che sancisce il principio di integrazione, cioè il principio della necessaria considerazione dell'interesse ambientale in tutte le politiche dell'Unione europea, con la finalità della promozione dello sviluppo sostenibile. In questo contesto, lo scopo della nuova disciplina è quello di evidenziare il contributo che le stazioni appaltanti possono apportare alla causa di una crescita economica sostenibile.

E' da rilevare come nella fase dei lavori preparatori una parte degli *stakeholders*, soprattutto operatori economici, abbia dimostrato una generale riluttanza all'utilizzo degli appalti pubblici in favore del raggiungimento degli obiettivi della strategia Europa 2020. Differentemente, numerose organizzazioni della società civile hanno offerto il loro deciso supporto all'inclusione di politiche ambientali e sociali nel processo di revisione delle regole sugli appalti pubblici.

Nel processo che ha condotto alla modifica della disciplina normativa, quindi al passaggio dalle direttive del 2004 alle direttive del 2014, un ruolo significativo è stato svolto dal contesto internazionale.

Lo strumento normativo principale a livello internazionale si individua nel *Plurilateral Agreement on Government Procurement (GPA)* del *World Trade Organization (WTO)*, da ultimo modificato nel 2012. L'Unione europea è vincolata dalle sue prescrizioni in quanto parte contraente dello stesso accordo e tale rilievo ha inevitabilmente segnato lo sviluppo delle regole euro-unitarie. Il GPA fa espresso riferimento ai principi di non discriminazione e di trasparenza e prevede regole puntuali relativamente alle specifiche tecniche, alla selezione degli offerenti e alla valutazione delle offerte. Rispetto alla questione della sostenibilità negli appalti, il trattato include la possibilità dell'integrazione di considerazioni e criteri ambientali nelle singole fasi della procedura di evidenza pubblica ex art. X (6) e (9).

²¹⁶ “L'articolo 11 TFUE impone che le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente siano integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile. La presente direttiva chiarisce in che modo le amministrazioni aggiudicatrici possono contribuire alla tutela dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile, garantendo loro la possibilità di ottenere per i loro appalti il migliore rapporto qualità/prezzo”.

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

1.1. Le specifiche tecniche.

Le specifiche tecniche rappresentano il luogo di elezione dell'integrazione dei criteri ambientali negli appalti pubblici. Infatti, il 66% dei c.a.m. sono racchiusi nelle specifiche tecniche, mentre soltanto il 45% nei criteri di aggiudicazione ed il 29% nelle condizioni di esecuzione.²¹⁷

Le specifiche tecniche possono fare riferimento alla fase finale del lavoro, del servizio o del prodotto, ma anche al processo di produzione oppure al metodo. Un esplicito riconoscimento, per tutti i tipi di contratto, sulla possibilità di includere nelle specifiche tecniche il collegamento con il processo produttivo o con ogni altra fase del *life cycle cost* (LCC o c.d. costo del ciclo di vita) è contenuto nell'art. 32 della direttiva 2014/24/UE.

Occorre però ricordare come sulla base della normativa contenuta nelle direttive del 2004, la Commissione²¹⁸ europea nel suo *Buying Green Handbook* abbia fornito una interpretazione piuttosto restrittiva della nozione di "processo e metodi di produzione" in riferimento alle specifiche tecniche. Sulla base di questa impostazione, le specifiche tecniche possono includere soltanto i requisiti che sono intimamente connessi con la produzione del bene o servizio o con lo svolgimento del lavoro. Ciò ha rappresentato un limite evidente, dal momento che non consente di tenere conto dei costi ambientali e sociali di beni, servizi e lavori che non fanno riferimento al prodotto finale (come ad esempio l'utilizzo della carta nell'ufficio del soggetto partecipante).

²¹⁷ M. ESSIG - J. FRIJDAL - W. KAHLENBORN - C. MOSER, *Strategic use of public procurement in Europe. Final report to the European Commission*, 2011.

²¹⁸ European Commission, *Buying Green*, section 3.3.; Per considerazioni critiche Cfr. P. KUNZLICK, *The procurement of green energy*, 2012.

1.2. I criteri di aggiudicazione.

Il criterio di aggiudicazione che consente l'inclusione dei valori ambientali è quello rappresentato dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (OEPV) o *most economically advantageous tender* (MEAT).

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

La connessione con l'oggetto del contratto, introdotto dapprima in via giurisprudenziale nel caso *Concordia Bus*, è stato recepito nelle direttive con il riferimento addizionale al costo del ciclo di vita (cfr. art. 67, 3).

I criteri ambientali possono includere le esternalità connesse all'utilizzo del prodotto, le esternalità connesse con la produzione ed il c.d. costo del ciclo di vita (utilizzo, manutenzione).

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

1.3. I criteri di selezione.

Anche il criterio di selezione può rappresentare la sede dell'inclusione di considerazioni sociali ed ambientali. Così, nonostante il principio generale di non discriminazione escluda di regola ogni forma di protezionismo a vantaggio di singole imprese, le nuove direttive contengono alcune eccezioni.

Alcuni contratti, infatti, possono essere riservati a categorie speciali di operatori economici come quelli previsti dall'art. 20 della direttiva 2014/24/UE che prevede delle riserve per operatori di impresa che impieghino lavoratori disabili o socialmente svantaggiati. Nella stessa

direzione, l'art. 57 prevede la possibilità di escludere il soggetto che non risulti in regola nell'adempimento dei contributi di sicurezza sociale.

Così, più in generale, il nuovo quadro normativo consente alla stazione appaltante di escludere operatori economici in tutti quei casi in cui sia stata dimostrata la violazione di obbligazioni ambientali e sociali previste dal diritto dell'Unione europea, dal diritto nazionale, dai contratti collettivi o dal diritto internazionale (cfr. Allegato X)²¹⁹. Si tratta, dunque, di importanti strumenti a disposizione delle stazioni appaltanti, come erge anche dal considerando 40²²⁰.

1.4. Le clausole di esecuzione.

L'art. 70 della direttiva riconosce che le clausole o condizioni di esecuzione possano contemplare requisiti di ordine sociale o ambientale.

Le condizioni di esecuzione possono ad esempio includere l'obbligo di rispettare le regole ed i principi ILO, le convenzioni internazionali sulla protezione dei diritti umani oppure l'obbligo di acquistare prodotti da piccoli operatori economici che operano in Paesi in via di sviluppo.

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

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

²¹⁹ Art. 57(4) in combinato disposto con l'art. 18(2) della direttiva 2014/24/UE

²²⁰ “La vigilanza sull'osservanza delle disposizioni in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro dovrebbe essere svolta nelle fasi pertinenti della procedura di appalto, nell'applicare i principi generali che disciplinano la selezione dei partecipanti e l'aggiudicazione dei contratti, nell'applicare i criteri di esclusione e nell'applicare le disposizioni riguardanti le offerte anormalmente basse. La necessaria verifica a tal fine dovrebbe essere effettuata conformemente alle pertinenti disposizioni della presente direttiva, in particolare quelle relative ai mezzi di prova e alle autodichiarazioni”.

1.4. Il costo del ciclo di vita.

La novità assoluta delle direttive del 2014 riguarda il riferimento al concetto di *life cycle costing* (LCC)²²¹. L'art. 68 è dedicato interamente a questo nuovo concetto. Il costo del ciclo di vita copre parte o la totalità dei costi sostenuti dalla stazione appaltante relativi all'acquisizione, all'utilizzo, alla manutenzione e al riciclaggio; ricopre altresì i costi imputabili alle esternalità ambientali, come quelli connessi ai gas ad effetto serra ed altre emissioni di inquinanti.

Il metodo utilizzato per la valutazione dei costi riferibili alle esternalità ambientali deve avere carattere oggettivo, verificabile ed accessibile da parte di tutti i soggetti interessati, così da non produrre effetti discriminatori. Nei documenti di gara dovranno essere indicati tutte le indicazioni che gli offerenti dovranno fornire nonché i metodi che saranno utilizzati dall'amministrazione aggiudicatrice per la valutazione del costo del ciclo di vita. Se la direttiva ha il merito di non deferire lo scrutinio circa la soddisfazione dei requisiti richiesti dal LCC alla discrezionalità dell'amministrazione ma a metodologie predefinite e di evitare distorsioni attraverso regole comuni di calcolo del *life cycle costing*, l'art. 68 però, facendo rinvio all'allegato XIII per l'individuazione degli atti legislativi che approvano detti metodi, sconta il limite di contemplare unicamente la direttiva 2009/33/CE relativa alla promozione di veicoli a basso impatto ambientale.

Nell'ambito delle nuove direttive il costo del ciclo di vita non deve essere più limitato al criterio c.d. MEAT come nelle precedenti direttive del 2004; di conseguenza il criterio del costo/prezzo più basso permetterà alle stazioni appaltanti di far ricorso anche al costo del ciclo di vita (cfr. art. 67, 2).²²²

Le nuove previsioni euro-unitarie in materia di contratti pubblici fanno, così, del costo del ciclo di vita il perno su cui si fonda la nozione stessa di appalto sostenibile. Nonostante la sua

²²¹ Sul tema del costo del ciclo di vita cfr. D. DRAGONS – B. NEANTU, *Sustainable public procurement: life cycle costing in the new directives*, EPPL, 2013; O. PERERA – B. MORTON – T. PERFREMENT, *Life cycle costing in sustainable public procurement: a question on of value*, 2009; C. MCCRUDDEN, *Using public procurement to achieve social outcomes*, 2004; B. E. TYSSSELAND, *Life cycle cost based procurement decisions. A case study of Norwegian defense procurement projects*, 2008.

²²² “L'offerta economicamente più vantaggiosa dal punto di vista dell'amministrazione aggiudicatrice è individuata sulla base del prezzo o del costo, seguendo un approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita conformemente all'articolo 68, e può includere il miglior rapporto qualità/prezzo, valutato sulla base di criteri, quali gli aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto pubblico in questione”.

rilevanza nell'architettura del nuovo quadro normativo, si deve sottolineare come il *life cycle costing* abbia ad oggi carattere per lo più opzionale; l'art. 68(3) gli attribuisce carattere imperativo soltanto nei casi in cui sia presente una metodologia comune di verifica.

Inoltre, i confini tra il criterio del prezzo più basso ed il criterio MEAT non sono più così ben definiti come nel passato. Il ricorso al costo del ciclo di vita, infatti, rende la procedura di aggiudicazione orientata dal criterio del prezzo più basso una procedura complessa. Così la differenza rispetto al MEAT si individuerà nel fatto che, secondo il criterio di aggiudicazione basato sul costo più basso che includa il LCC, il prezzo resterà l'unico criterio di aggiudicazione, così che tutte le esternalità dovranno essere incorporate nel prezzo e di conseguenza monetizzate; diversamente, il MEAT può essere basato su un LCC che includa esternalità non monetizzate o addirittura non monetizzabili.

Nonostante alcuni dei limiti riferiti, il costo del ciclo di vita rappresenta uno strumento, se implementato con una pluralità di metodologie comuni di valutazione, dalle potenzialità rilevanti nello sforzo di mutare il paradigma tradizionale degli appalti pubblici.

1.5. L'utilizzo di etichette.

La direttiva 2014/24/UE, nel recepire gli indirizzi affermatasi in via pretoria (cfr. caso *Max Havelaar*), prevede la possibilità di far riferimento nelle specifiche tecniche a specifiche etichette ambientali o sociali. Le eco-etichette possono prendere in considerazione la *performance* ambientale ed i requisiti funzionali indicati attraverso il rinvio alle prescrizioni delle stesse. Per i prodotti provvisti di eco-etichette opera la presunzione di conformità, salva comunque la possibilità di fornire *aliunde* la prova della rispondenza ai requisiti ambientali richiesti.

L'art. 43 specifica le caratteristiche che le etichette devono soddisfare: connessione con l'oggetto del contratto; i requisiti dell'etichetta devono basarsi su criteri oggettivi, verificabili e non discriminatori; le etichette sono definite attraverso un procedimento aperto e trasparente in cui consumatori, pubbliche amministrazioni, produttori, distributori, organizzazioni governative possano partecipare.

Il sistema delle etichette è regolamentato dal regolamento 2010/66/EC. Si tratta di uno schema volontario avente la finalità di promuovere prodotti con alti livelli di compatibilità ambientale. Ad ogni modo, la stazione appaltante può indicare etichettature equivalenti, dal momento che l'imposizione dell'utilizzo di determinate *eco-labels* avrebbe il rischio di ingenerare conseguenze discriminatorie a danno di potenziali concorrenti.

E' da notare come il sistema delle eco-etichettature, quale modello di regolazione di tipo neo-liberale, sia cresciuta in modo esponenziale negli ultimi anni rispetto alla tradizionale regolamentazione di *command and control*²²³.

1.6. Prime valutazioni sulla riforma.

La nuova direttiva in materia di appalti pubblici offre evidenti opportunità di perseguire obiettivi di crescita sostenibile, ma permangono aree di incertezza.

Innanzitutto, a livello di sistema, si dovrà far fronte di regola alla riluttanza delle stazioni appaltanti di riservare una quota agli appalti sostenibili.

Problematiche di ordine più specifico riguardo il successo del costo del ciclo di vita, il cui buon risultato finale dipenderà molto dalle metodologie utilizzate. Inoltre, i costi ancora elevati connessi alla considerazione di criteri ambientali nei processi produttivi potrebbe costituire, soprattutto in tempi di crisi economica, un ulteriore ostacolo all'effettiva affermazione di un efficiente *green public procurement*.

²²³ Per l'approfondimento dei diversi modelli di regolazione cfr. J. FREEMAN, *Moving to markets in environmental regulation: lessons from twenty years of experience*, 2006.

2. Il nuovo codice dei contratti pubblici: le disposizioni dedicate allo sviluppo sostenibile nelle singole fasi del procedimento di evidenza pubblica. Violazione dei CAM e forme di tutela.

Il nuovo codice dei contratti pubblici²²⁴ contiene un complesso di disposizioni dedicate allo sviluppo sostenibile e alla *green economy* quantitativamente più significativo rispetto all'impianto legislativo del 2006.

Le c.d. clausole verdi si riferiscono in via principale alla qualificazione delle stazioni appaltanti, al dibattito pubblico²²⁵, alla progettazione, ai criteri ambientali minimi, ai requisiti generali e qualificazione degli operatori economici, al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (OEPV), al ciclo di vita, alle condizioni di esecuzione degli appalti, alle garanzie dell'offerta e dell'esecuzione.

Tra le più significative novità presenti nell'impianto della nuova disciplina è quella della qualificazione delle stazioni appaltanti, non prescritta dalle direttive dell'Unione europea.

L'art. 38 del d.lgs. 50/2016 prevede, infatti, che le amministrazioni debbano dimostrare requisiti di organizzazione, professionalità e competenze per poter operare come stazioni appaltanti. Il sistema di qualificazione sarà attuato dall'ANAC ed avrà ad oggetto sia i requisiti base afferenti al procedimento di acquisizione (capacità di programmazione e progettazione – capacità di affidamento – capacità di verifica dell'esecuzione e di controllo della procedura inclusi collaudo e messa in opera), sia i c.d. requisiti premianti tra cui rilevano i criteri di sostenibilità ambientale che si collocano nella fase di progettazione ed affidamento.

²²⁴ Per l'esame delle principali novità introdotte dal d.lgs. 50/2016 Cfr. R. CARANTA - D. C. DRAGOS, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, 2014; H. C. CASAVOLA, *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni*, 2014; F. DI CRISTINA, *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni*, 2014; V. FERRARO, *La disciplina della concessione nel diritto europeo: i principi giurisprudenziali e la sistemazione realizzata con la direttiva 2014/23/UE*, 2014; C. LACAVA, *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni*, 2014; D. MARESCA, *La modificazione sostanziale dei contratti di concessione di lunga durata durante l'esecuzione: commento alla direttiva europea 2014/23/UE*, 2014; M. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, 2014; M. URBANI, *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni*, 2014; S. VILLAMENA, *Direttive Europee Appalti: qualità, innovazione e semplificazione*; E. FOLLIERI, *I principi generali delle Direttive comunitarie 2014/24/UE e 2014/25/UE*, 2015; P. PIRAS, *Gli appalti pubblici tra trasparenza e innovazione*, 2015.

²²⁵ Per le trattazioni sul tema del dibattito pubblico Cfr. *ex plurimis* U. ALLEGRETTI, *Basi giuridiche della democrazia partecipativa in Italia: alcuni orientamenti*, 2006; L. BOBBIO – S. RAVAZZI, *Cittadini comuni e decisioni pubbliche. L'esperienza di una giuria di cittadini*, 2006; L. BOBBIO – G. POMATTO, *Il coinvolgimento dei cittadini nelle scelte pubbliche*, 2007.

Anche l'istituto del dibattito pubblico rappresenta una novità della nuova disciplina dei contratti pubblici. Il dibattito si svolgerà in riferimento a progetti di fattibilità di importanti opere infrastrutturali aventi un impatto sull'ambiente e sull'assetto territoriale.

Nel d.lgs. 50/2016 il tema della progettazione acquista grande rilevanza attraverso la previsione di un reticolo di norme che si riferiscono puntualmente ai livelli di progettazione, alla fase di verifica dei progetti, alla valorizzazione delle procedure finalizzate alla selezione dei progettisti, ai concorsi di progettazione per lo sviluppo di soluzioni innovative, alla preferenza del criterio dell'OEPV, nel cui ambito i criteri ambientali potranno assumere un peso specifico decisivo.

Per quanto attiene alla disciplina dei criteri ambientali minimi (CAM)²²⁶, già l'art. 18 della l. 221/2015²²⁷ aveva previsto, come evidenziato in precedenza, l'obbligo della loro osservanza all'interno della documentazione di gara. Nella prima versione del codice l'obbligatorietà dei criteri ambientali si connotava per una certa gradualità, in ragione del fatto che la disciplina fissava la loro rilevanza in un limite minimo del 50% del valore base d'asta rispetto a categorie di forniture ed affidamenti non connessi ad usi finali di energia; si applicavano per l'intero valore dell'appalto rispetto alle procedure il cui oggetto era idoneo a conseguire l'obiettivo finale dell'efficienza energetica negli utilizzi finali; si prevedeva la possibilità che successivi decreti del Ministro dell'ambiente potessero aumentare la soglia minima del 50% del valore a base d'asta. Con il d.lgs. 56/2017 (c.d. decreto correttivo) il legislatore è intervenuto a modificare la previsione dell'art. 34 prescrivendo che l'obbligo dei CAM si estenda all'intero importo, mentre una parziale attenuazione rileva rispetto a categorie di appalto che si riferiscono ad interventi di demolizione e ricostruzione in cui il carattere dell'obbligatorietà opera "per quanto possibile" (art. 34, comma 3).

²²⁶ Sull'importanza della previsione nella normativa in commento di clausole verdi obbligatorie si veda quanto rilevato da M. PENNASILICO, dapprima in *Contratto e promozione dell'uso responsabile delle risorse naturali: etichettatura ambientale e appalti verdi*, in *Benessere e regole dei rapporti civili, lo sviluppo oltre la crisi, Atti del 9° convegno nazionale della Sisdic*, 2015; poi ripreso in *Le categorie del diritto civile tra metodo e storia*, in *Riv. dir. civ.*, 2016; ID., *Sviluppo sostenibile "contratto ecologico": un altro modo di soddisfare i bisogni*, in *Rass. dir. civ.*, 2016.

²²⁷ Già nella vigenza del vecchio codice era entrata in vigore la L. n. 221 del 28 dicembre 2015 (il c.d. collegato ambientale alla legge di Stabilità del 2014) che aveva reso obbligatoria, tramite l'introduzione dell'art. 68-bis al d.lgs. n. 163/2006, l'applicazione dei criteri minimi ambientali attraverso l'inserimento, nella documentazione di gara pertinente, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute negli decreti, relativi a determinate categorie di forniture e affidamenti.

Il decreto correttivo del codice del 2016 interviene, inoltre, sul tema del monitoraggio dell'osservanza dei CAM attraverso l'introduzione nell'art. 213, comma 9, della previsione che affida all'osservatorio che opera presso l'ANAC al fine del raggiungimento degli obiettivi inclusi nel piano di azione per la sostenibilità dei consumi nel settore della pubblica amministrazione.

L'attuale disciplina dei criteri ambientali minimi lascia aperti alcuni nodi interpretativi relativi a: le forme di tutela in caso di mancata applicazione dei CAM in sede di elaborazione degli atti di gara; i rimedi nel caso di mancata applicazione dei CAM nella fase esecutiva del contratto.

Con riferimento alla prima questione prospettata, il problema investe il profilo del vizio di illegittimità consistente nella violazione dell'art. 34, comma 3, del d.lgs. 50/2016.

Tale vizio potrebbe essere modulato anche nella figura dell'eccesso di potere qualora, con riferimento ad interventi di ristrutturazione²²⁸, non fosse adeguatamente giustificata l'applicazione ridotta dei criteri ambientali minimi.

Per stabilire chi sono i soggetti che possono contestare gli atti di gara che violino i CAM occorre prendere in considerazione il profilo dell'interesse. E' principio generale, soprattutto per quel che riguarda la tutela giurisdizionale, che non sussista interesse all'annullamento di un atto amministrativo facendo valere la sola violazione in sé. Non ha quindi rilevanza la sola esigenza che l'amministrazione adotti atti conformi alle norme applicabili.

Occorre altresì un interesse specifico ad una determinata procedura di gara da parte dell'operatore economico partecipante. La più recente evoluzione giurisprudenziale sembra comunque aprire a possibili censure immediate degli atti di gara²²⁹. Se, al contrario, si segue il tradizione indirizzo giurisprudenziale (cfr. Ad. Plen. 1/2003) il bando non sarebbe immediatamente impugnabile, se non a fronte della prova dell'imposizione di prestazioni o adempimenti incomprensibili o eccessivamente gravosi.

Relativamente al secondo problema evidenziato, nel caso di inadempimento dei criteri ambientali minimi nella fase esecutiva del contratto di appalto, i rimedi offerti dal codice dei contratti pubblici sembra possano essere duplici.

²²⁸ Cfr. comma 3 art. 34 d.lgs. 50/2016.

²²⁹ Cfr. Cons. St. sez. III, n. 1738 del 2017: «“diritto” dell'operatore economico a competere secondo i criteri predefiniti dal legislatore, nonché a formulare un'offerta che possa validamente rappresentare la qualità delle soluzioni elaborate, e coerentemente aspirare ad essere giudicata in relazione anche a tali aspetti, oltre che sulla limitativa e limitante (se isolatamente considerata) prospettiva dello “sconto”»

Nell'ambito dei rimedi preventivi, il Rup e il direttore dei lavori, nell'ambito delle rispettive specifiche competenze, dovranno verificare che le previsioni di carattere progettuale e le obbligazioni contrattuali assunte siano puntualmente poste in essere ed adempiute dall'appaltatore, assumendo se del caso ordini di servizio per orientare al meglio l'esecuzione dei lavori.

Oltre a misure di carattere preventivo, sembra possibile configurare rimedi di tipo postumo. Il Rup ed il direttore dei lavori potranno contestare ipotesi di inadempimento, diffidando l'appaltatore a porvi rimedio e avviare, nei casi più gravi, il procedimento di risoluzione del contratto secondo quanto previsto dall'art. 108 d.lgs. 50/2016.

Con riferimento ai criteri di qualificazione degli operatori economici, oltre ai requisiti di ordine generale previsti dall'art. 80, comma 1, relativi ad alcuni titoli di reato che importano l'esclusione obbligatoria dalle gare, le stazioni appaltanti hanno la facoltà di richiedere il soddisfacimento di requisiti speciali afferenti a garanzie di qualità ambientale.

E' infatti previsto che le stazioni appaltanti possano richiedere la produzione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per dimostrare l'allineamento da parte dell'operatore economico ai sistemi e alle norme di gestione ambientale, ad esempio al sistema di ecogestione e *audit* (EMAS).

2.1. I criteri di valutazione ed i loro rapporti. La nuova offerta economicamente più vantaggiosa.

Tra le novità più significative della disciplina introdotta dal d.lgs. 50/2016 rientra la previsione di un rapporto gerarchico tra i differenti criteri di aggiudicazione, con una prevalenza del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa²³⁰.

²³⁰ Sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa Cfr. L. GILI, *La nuova offerta economicamente più vantaggiosa e la discrezionalità amministrativa a più fasi*, 2017, spec. 24-25. Più in generale sui criteri di aggiudicazione: F. SAIITA, *Appalti e contratti pubblici: Commentario sistematico*, Padova, 2016; C. DE MASI, *Criteri di aggiudicazione e offerte anomale*, in Riv. trim. appalti, 2016, spec. 212 ss.; M. PIGNATTI, *Le metodologie per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 10 gennaio 2013, n. 1, in *Foro amm. CDS*, 2013, 1526 s.; D. SENZANI, *Discrezionalità della pubblica amministrazione ed offerta economicamente più vantaggiosa*, in Riv. Trim. degli appalti, 2013, 900 ss.; P. DE NICTOLIS - R. DE NICTOLIS, *Il criterio del prezzo più basso e il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, in M.A. SANDULLI - R. DENICTOLIS - R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*,

Nella vigenza del d.lgs. 163/2006 il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa consentiva una valutazione comparativa rispetto al profilo tecnico e al profilo economico, mentre il criterio del prezzo più basso importava l'automatica aggiudicazione all'offerta più economica, salvo il ricorrere dell'anomalia della stessa²³¹.

In precedenza, nella legge 109/1994 il criterio del minor prezzo costituiva il parametro principale in relazione alla procedura del pubblico incanto (procedura aperta) ed alla licitazione privata (procedura ristretta), mentre l'offerta economicamente più vantaggiosa costituiva una ipotesi tassativa ed a carattere residuale.

Soltanto con l'art. 81 del d.lgs. 163/2006 detti due criteri acquistano un ruolo paritario, potendo essere utilizzati i via alterativa. Nel quadro legislativo del 2006, infatti, la stazione appaltante godeva di una massima discrezionalità nell'individuazione del criterio con cui aggiudicare il contratto, con i soli limiti rappresentati dall'adeguatezza della scelta in rapporto all'oggetto del contratto e della previa indicazione all'interno del bando, senza che fosse previsto uno specifico onere motivazionale che giustificasse all'esterno le ragioni della scelta²³².

vol. III, Milano, 2008, 2118 ss.; L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2015, 291 ss.; A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2015, 1127 ss.; C. LAMBERTI - S. VILLAMENA, *Nuove direttive appalti: "sistemi di selezione" e "criteri di aggiudicazione"*, 2015, 873 ss.

²³¹ In dottrina, R. DE NICTOLIS, *Sistemi di scelta del contraente, criteri di aggiudicazione e offerte anomale nella «Merloni-ter»*, in *Urb. e App.*, 1999, 1, 5 ss.; C. E. GALLO, *Commento all'art. 21, in V. Italia (a cura di), Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni-quater)*, Milano, 2003, 530 ss.; R. IANNOTTA, *Commento all'art. 21, l. Merloni*, in L. GIAMPAOLINO - M. A. SANDULLI - G. STANCANELLI (a cura di), *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici fino alla Merloni ter*, Milano, 1999, 337 ss.

²³² Per quanto riguarda l'OEPPV ed in generale i criteri di valutazione vigente il D.Lgs. n. 163/2006, si v. P. PIVA, *Criteri di aggiudicazione*, in R. VILLATA - M. BERTOLISSI - V. DOMENICHELLI - G. SALA (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2014, I, 779 ss.; F. MASTROVITI, *Art. 81, art. 82 e art. 83*, in G.F. FERRARI - G. MORBIDELLI, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Milano, 2013, 1101 ss.; M. AMEDEI - M. COZZIO (a cura di), *Appalti di servizi e criteri ambientali. Aspetti giuridici e tecnici*, Trento, 2013, 17 ss.; G. FONDERICO, *La selezione delle offerte e la verifica dell'anormalità*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2010, 451 ss.; R. DI PACE, *Le procedure di scelta del contraente e i criteri di aggiudicazione*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010, 647 ss.; C. CONTESSA, *L'offerta economicamente più vantaggiosa: brevi note su un istituto ancora in cerca di equilibri*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010; F. COCCOLI, *Criteri di selezione delle offerte e verifica delle offerte anormalmente basse*, in M. SANINO (a cura di), *Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, Torino, 2008, 339 ss.; M. LIPARI, *L'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Urb. e App.*, 2007, 1, 7 ss.

In giurisprudenza Cfr. da ultimo, Cons. Stato, sez. III, 2 maggio 2016, n. 1661, secondo cui "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 compreso il peso da attribuire a tali singoli elementi, specificamente indicati nella *lex specialis*, e ivi compresa anche la disaggregazione eventuale del singolo criterio valutativo in sub-criteri, è espressione dell'ampia discrezionalità che la legge le ha attribuito per meglio perseguire l'interesse pubblico; la scelta è sindacabile in sede di legittimità solo allorché sia macroscopicamente illogica, irragionevole ed irrazionale ed i criteri non siano trasparenti ed intellegibili, non

Da ultimo, l'art. 95 del d.lgs. 50/2016 innova il precedente criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'offerta migliore viene così individuata in ragione del rapporto qualità-prezzo o secondo l'indice comparativo costo-efficacia.

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

L'art. 95 d.lgs. 50/2016 individua, infatti, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa come il criterio ordinario di selezione delle offerte, restando invece relegato il criterio del prezzo più basso ad ipotesi specifiche e tassative espressamente previste dalla legge e soggette ad un onere di adeguata motivazione.

I due criteri non sono più alternativi tra loro, nonostante la preferenza espressa per il miglior rapporto qualità-prezzo.

Nonostante questo primo dato legislativo sembri esprimere in modo non equivoco il chiaro *sfavor* del legislatore, il criterio del prezzo più basso mantiene un sua rilevanza anche a causa delle difficoltà interpretative che ruotano intorno alla delimitazione dei campi di applicazione dei due criteri in questione. Le categorie contrattuali cui si riconduce l'operatività dell'uno e dell'altro criterio sono spesso non agevolmente distinguibili, importando così la non remota probabilità di sovrapposizioni.

La disposizione distingue l'operatività del criterio del prezzo più basso a seconda dell'oggetto del contratto. Nel caso di appalto di lavori l'applicazione del criterio del prezzo più basso, infatti, è collegata ad un elemento oggettivo-quantitativo rappresentato dal valore dell'appalto (due milioni di euro). Si tratta di una soglia molto alta che almeno rispetto agli appalti di lavori pare, quantomeno parzialmente, limitare l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e così l'integrazione dei valori ambientali e dello sviluppo sostenibile.

Nel caso l'oggetto del contratto di appalti sia costituito da servizi e forniture è necessaria una distinzione aggiuntiva che si basa sull'elemento della "standardizzazione" meno del servizio o

consentendo ai concorrenti di calibrare la propria offerta". Sul punto si v. anche AVCP, "Il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa", in *Quaderni*, 2011.

della fornitura. Laddove ricorra questo carattere, cioè quello della elevata ripetitività, la stazione appaltante potrà procedere all'aggiudicazione dell'appalto ricorrendo al criterio del prezzo più basso, qualunque sia il valore. Al contrario, qualora difetti la presenza della caratteristica della ripetitività, il criterio del prezzo più basso può sempre operare per i contratti che rientrino nel limite di valore di 40.000 euro.

L'unica eccezione è individuata da legislatore per i contratti a contenuto tecnologico ed innovativo rispetto ai quali non sarebbe più possibile il ricorso al criterio del prezzo più basso.

Il problema interpretativo riguarda dunque la definizione delle categorie di "elevata ripetitività" e di "contenuto tecnologico" che, nonostante le linee guida Anac sul punto, resta ancora incerta.

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

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

Il nodo interpretativo riguarda il comma 3 dell'art. 95, segnatamente se questo costituisca una specificazione della regola generale di cui al comma 1, quindi derogabile, oppure costituisca una prescrizione autonoma²³³.

²³³ Sull'interpretazione del comma 3 la giurisprudenza segue orientamenti differenti, Cfr. G. AVANZINI, I rapporti tra i criteri di aggiudicazione: le novità del Correttivo e l'immediata contestazione del bando di gara: "Sul punto la giurisprudenza amministrativa è giunta ad interpretazioni discordanti. Il T.A.R. Lazio in due diverse pronunce ha accolto la seconda interpretazione che, come vedremo, si sta consolidando. Il carattere autonomo e inderogabile del comma 3 è l'unico compatibile con una interpretazione costituzionalmente orientata della norma riguardo ai possibili profili di eccesso di delega, laddove sarebbe proprio la legge delega a escludere in modo assoluto per alcune tipologie di servizi la possibile aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso. Nello stesso senso per quanto concerne i servizi intellettuali di importo superiore a 40.000 euro (per esempio il servizio di sorveglianza sanitaria) il T.A.R. Calabria ha stabilito che il divieto sancito dal comma 3 dell'art. 95 e la sua specialità ed inderogabilità rendono irrilevante stabilire se l'appalto sia, nelle concrete modalità prefigurate, standardizzato o ripetitivo. Viceversa alcuni T.A.R. ritengono che le prescrizioni contenute nei commi 3 e 4 si trovino in un rapporto di complementarietà e che il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui il comma 3 rappresenti una mera specificazione nell'ambito di un sistema gerarchico delineato dai commi 2 e 3 che cede il passo alla possibilità di aggiudicare l'appalto al massimo ribasso, nei casi previsti dal comma 4. Dietro questo indirizzo vi è la consapevolezza della complessità delle procedure di aggiudicazione attraverso l'offerta economicamente più vantaggiosa, rispetto alla quale molte amministrazioni non hanno competenza ed esperienza sufficienti; pragmaticamente si difende una sorta di riserva dell'amministrazione a valutare gli effettivi benefici

E' da sottolineare, infine, come la scelta di applicare il criterio dell'offerta più bassa costituisca una valutazione discrezionale della pubblica amministrazione che deve essere adeguatamente motivata. La motivazione rappresenta quindi il luogo in cui la stazione appaltante deve esternare le ragioni che fondano la scelta del ricorso al criterio del prezzo più basso, quindi la sussistenza del carattere standardizzato legittimante la previsione derogatoria.

La centralità dell'obbligo motivazionale importa interessanti profili di interesse anche sotto il profilo della tutela giurisdizionale.

La giurisprudenza che di recente si è occupata di questo specifico problema si è orientata nella direzione della immediata impugnabilità del bando di gara anche rispetto alla scelta del criterio di aggiudicazione²³⁴, discostandosi così da un precedente indirizzo ermeneutico in tema di interesse a ricorrere²³⁵. Il bene della vita e la situazione soggettiva del ricorrente, secondo questa impostazione, non devono coincidere necessariamente con l'aggiudicazione; l'oggetto della tutela acquista un'accezione più ampia, identificandosi con il corretto svolgimento del procedimento ad evidenza pubblica, interesse autonomo da quello dell'aggiudicazione del contratto. Una tale conclusione si fonderebbe proprio sulla *ratio* della nuova disciplina che, imponendo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa come principio immanente del sistema degli appalti, avrebbe costituito come autonomo bene della vita quello della competizione secondo il miglior rapporto qualità-prezzo. Seguendo questa impostazione discenderebbe l'illegittimità di una clausola che, in assenza di presupposti, prevedesse il criterio del minor prezzo come criterio di aggiudicazione. All'esito dell'esperimento della tutela demolitoria seguirebbe l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa a prescindere dall'esito della gara.

Tale nuova impostazione del Consiglio di Stato sembra foriera di conseguenze anche a livello generale attraverso la rivisitazione della nozione di interesse legittimo nel momento in cui si

che derivano dall'applicazione del criterio in esame, che assicura maggiore oggettività e una più sollecita definizione della procedura".

²³⁴ Cons. Stato, Sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014.

²³⁵ Da ultimo ex multis: Cons. Stato, Sez. III 18 ottobre 2016, n. 4343, in Guida dir., 2016, 47, 88; Cons. Stato, Sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 4180, in Foro amm., 2016, 2338; Cons. Stato, Sez. III, 10 agosto 2016, n. 3595, in Redazione Giuffrè amministrativo, 2016; Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4, in Dir. proc.amm., 2011.

In dottrina: S. MONZANI, *L'onere di immediata impugnazione del bando riguarda le clausole impeditive della partecipazione ma anche quelle impeditive della concorrenza*, in *Foro amm. CDS*, 2013, 3533 s.; V. FERRERI, *L'immediata impugnabilità del bando di gara in presenza di clausole cosiddette escludenti*, in *Riv. trim. appalti*, 2012, 261 ss.; L. LOMBARDI, *Clausole ambigue ed impugnazione del bando di gara*, in *Urb. e App.*, 2007, 997 ss.

ammette la dilatazione della tutela in forma specifica (tutela caducatoria) a protezione di un interesse di tipo procedimentale.

2.2. Il costo del ciclo di vita

Il *life cycle costing* come determinazione fondamentale alla valutazione delle offerte sotto il profilo ambientale si è affermato attraverso la regolazione europea di *soft law*, volendo riferirsi a quegli atti mediante i quali le istituzioni comunitarie hanno orientato gli Stati membri verso la contrattazione verde, senza tuttavia poterli vincolare ad essa. In particolare si richiama la decisione n. 1600/2002/CE del 22 luglio 2002 laddove stabiliva, all'art. 3.6, che "è necessario promuovere una politica di appalti pubblici verdi che consenta di tener conto delle caratteristiche ambientali e di integrare eventualmente nelle procedure di appalto considerazioni inerenti al ciclo di vita" nonché, più specificamente, la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo "Politica Integrata dei Prodotti. Sviluppare il concetto di ciclo di vita ambientale", COM(2003)302²³⁶.

Il costo del ciclo di vita è una formula riassuntiva che racchiude in sé molti e diversi costi accomunati dalla fonte: essi sono correlati ad un bene (opera, servizio, fornitura) e si producono durante il corso della sua vita. Nell'aggregato che costituisce il costo del ciclo di vita vi sono dunque ricompresi, in quanto pertinenti, tutti i costi che un prodotto, servizio o lavoro determina a partire dall'acquisizione delle materie e dei servizi necessari alla produzione, ai costi legati all'utilizzo, quali il consumo di energia e altre risorse; i costi di manutenzione; i costi relativi al fine vita, come i costi di raccolta, di smaltimento e di riciclaggio²³⁷.

²³⁶ Tale Comunicazione ha assunto particolare importanza nell'affermazione del green public procurement in Europa in quanto ha ufficialmente invitato gli Stati membri ad adottare un Piano d'Azione nazionale sul GPP entro l'anno 2006. In Italia il piano è stato adottato dal Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare attraverso un ampio processo di consultazione con enti locali e parti interessate e con la collaborazione degli altri Ministeri Competenti (Economia e Finanze e Sviluppo Economico) e degli enti e strutture tecniche di supporto (CONSIP, ENEA, ISPRA, ARPA). Con molto ritardo, esso è stato adottato con decreto interministeriale l'11 aprile 2008 ed aggiornato il 10 aprile 2013.

²³⁷ Si veda la definizione fornita all'art. 3, hhhh) che riconduce al "ciclo di vita" tutte le fasi consecutive o interconnesse, compresi la ricerca e lo sviluppo da realizzare, la produzione, gli scambi e le relative condizioni, il trasporto, l'utilizzazione e la manutenzione, della vita del prodotto o del lavoro o della prestazione del servizio, dall'acquisizione della materia prima o dalla generazione delle risorse fino allo smaltimento, allo smantellamento e

A completamento del concetto del costo del ciclo della vita devono essere inclusi anche i costi imputati ad eventuali esternalità ambientali²³⁸ legate ai prodotti, servizi o lavori, purché il loro valore monetario possa essere determinato e verificato²³⁹.

Il *life cycle costing*, dunque, consente una valutazione più completa degli effettivi esborsi finanziari da sostenere per l'acquisizione, perché si considerano i costi direttamente sostenuti dalla pubblica amministrazione che acquista e quelli che vengono trasferiti su altri centri di spesa in quanto graveranno su bilanci futuri. Non si negano, tuttavia, difficoltà applicative in merito alla uniforme quantificazione del costo aggregato. Per questa ragione si ritiene indispensabile elaborare metodologie comuni a livello dell'Unione europea per il calcolo dei costi del ciclo di vita per specifiche categorie di forniture o servizi; nel caso in cui tale metodo sia stato sviluppato, il suo utilizzo dovrebbe essere reso obbligatorio (v. già art. 68, par. 3, della direttiva UE/24/2014)²⁴⁰. Al fine di garantire che il *life cycle costing* non si traduca in uno strumento di possibile discriminazione²⁴¹, le amministrazioni aggiudicatrici devono indicare nei documenti di gara la metodologia utilizzata per il calcolo dei costi del ciclo di vita, che deve soddisfare determinate condizioni: deve essere stata elaborata sulla scorta di informazioni scientifiche o sulla base di altri criteri oggettivi, verificabili e non discriminatori; deve essere accessibile a tutte le parti interessate; inoltre, i “dati richiesti devono poter essere forniti con

alla fine del servizio o all'utilizzazione. Per un primo commento al concetto di *life cycle costing* introdotto dalle Direttive v. L. CARBONARA, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e la tutela dell'ambiente. I criteri di aggiudicazione*, in www.giustamm.it, 2016

²³⁸ Per un chiarimento definitorio si rinvia alla disposizione-madre contenuta nel Considerando n. 96 della direttiva UE/24/2014: “Il concetto abbraccia i costi interni, come le ricerche da realizzare, lo sviluppo, la produzione, il trasporto, l'uso e la manutenzione e i costi di smaltimento finale ma può anche abbracciare costi imputabili a esternalità ambientali quali l'inquinamento causato dall'estrazione delle materie prime utilizzate nel prodotto ovvero causato dal prodotto stesso o dalla sua fabbricazione, a condizione che possano essere monetizzati e controllati”. Tali costi possono includere i costi delle emissioni di gas a effetto serra e di altre sostanze inquinanti, nonché altri costi legati all'attenuazione dei cambiamenti climatici

²³⁹ L'approccio richiama quello su cui si incentra il principio fondamentale del diritto ambientale “chi inquina paga”. Sul punto si rinvia a C. VIVANI, *Appalti sostenibili, Green public procurement e socially responsible public procurement*, in *Urb. e app.*, 2016, 993.

²⁴⁰ L'allegato XIII al Codice contiene l'elenco degli atti legislativi dell'Unione e, ove necessario, degli atti delegati attuativi che approvano metodi comuni per la valutazione del costo del ciclo di vita. La Commissione può aggiornare tale elenco laddove una nuova normativa renda obbligatorio un metodo comune. Attualmente, l'allegato elenca la sola Direttiva 2009/33/CE del Parlamento europeo e del Consiglio recepita in Italia dal d.lgs. 3 marzo 2011, n. 24, che introduce norme per la promozione di veicoli a ridotto impatto ambientale e a basso consumo energetico nel trasporto su strada. Agli artt. 5 e 6 si prevede una metodologia di calcolo dei costi connessi al consumo energetico e ai costi relativi all'emissione di CO₂ e alle emissioni di sostanze inquinanti che sono imputabili all'uso del veicolo al fine di quantificare il valore monetario.

²⁴¹ In funzione antidiscriminatoria, l'art. 96 afferma che se il metodo di calcolo del *life cycle costing* non è stato previsto per un'applicazione ripetuta o continua, non deve favorire né svantaggiare indebitamente taluni operatori economici.

ragionevole sforzo da operatori economici normalmente diligenti”, compresi gli operatori economici di altri Stati membri, di paesi terzi parti dell'Accordo sugli appalti pubblici o di altri accordi internazionali che l'Unione è tenuta a rispettare o ratificati dall'Italia. Con ciò, ancora una volta, il Codice dei contratti pubblici finisce per rivolgersi al settore privato richiedendo collaborazione al mercato, alle imprese che operano nel settore e che, meglio di qualunque soggetto pubblico, conoscono gli aspetti produttivi e quelli successivi relativi alla manutenzione, al mantenimento ed al fine vita. Per quanto si è detto, il sistema di selezione delle offerte basato sul life cycle costing è in divenire²⁴². La sua applicazione non può essere immediata perché richiede, con la collaborazione degli operatori economici, la definizione di metodologie comuni le quali, una volta definite, potranno e dovranno essere costantemente perfezionate.

La preoccupazione che attraverso la definizione e la valutazione del profilo ambientale dell'offerta possa ampliarsi indebitamente la discrezionalità della pubblica amministrazione è limitata da particolari cautele²⁴³. La prima è una cautela generale con cui il legislatore esordisce già al primo comma dell'art. 95: i criteri di aggiudicazione non devono conferire alla stazione appaltante un potere di scelta illimitata dell'offerta; essi devono garantire la possibilità di una concorrenza effettiva e sono accompagnati da specifiche che consentono l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione delle offerte. E' dunque onere delle stazioni appaltanti l'accurata verifica delle informazioni e delle prove fornite dagli offerenti. La seconda cautela risponde, prima che al diritto, alla ragione. Si tratta della regola della necessaria connessione del criterio con l'oggetto dell'appalto. Già con la pronuncia pilota della Corte di Giustizia Europea²⁴⁴, nota come sentenza Concordia Bus²⁴⁵, si stabilì che il principio della parità di trattamento non osta a

²⁴² In senso critico v. L. DE PAULI, *I “costi del ciclo di vita” nel nuovo codice degli appalti*, in *Urb. e app.*, 2016, 630 laddove ritiene che i costi e i dati che le imprese dovranno fornire, che si immaginano complessi, potrebbero essere forniti solo dalle imprese più grandi e strutturate a sfavore delle medio-piccole e micro imprese; il sistema finirebbe allora per impedire di fatto la partecipazione alle gare da parte di quelle situazioni dimensionali imprenditoriali che il Codice si propone, invece, di favorire.

²⁴³ In tema v. L. GILI, *La nuova offerta economicamente più vantaggiosa e la discrezionalità amministrativa a più fasi*, in *Urb. e app.*, 2017, 24 ss

²⁴⁴ CGE, 17 settembre 2002, causa C-513/99, Comune di Helsinki – Concordia Bus, in *Urb. e app.*, 2003, 168 con nota di M. BROCCA, *Criteri ecologici nell'aggiudicazione degli appalti* e in *Foro amm.- CdS*, 2002, 1936, con nota di M. LOTTINI, *Appalti comunitari: sulla ammissibilità di criteri di aggiudicazione non prettamente economici*

²⁴⁵ M. LOTTINI, *Appalti comunitari: sulla ammissibilità di criteri di aggiudicazione non prettamente economici*. Nel caso di specie il Comune di Helsinki aveva bandito una gara pubblica per la fornitura di autobus urbani e

che siano presi in considerazione nell'appalto criteri collegati alla tutela dell'ambiente, per il solo fatto che esistono poche imprese che hanno la possibilità di offrire un materiale che soddisfi i detti criteri²⁴⁶; ciò a condizione che i criteri, cumulativamente: siano collegati all'oggetto dell'appalto; non siano tali da conferire all'amministrazione aggiudicatrice una libertà incondizionata di scelta; siano espressamente menzionati nel capitolato d'appalto o nel bando di gara e rispettino tutti i principi fondamentali del diritto comunitario, in particolare il principio di non discriminazione²⁴⁷. Tali affermazioni sono state recepite, pressoché letteralmente, nelle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE. Il Codice del 2016 interviene in merito spiegando che la relazione di connessione si può ritenere sussistente laddove i criteri riguardino lavori, forniture o servizi da fornire "sotto qualsiasi aspetto e in qualsiasi fase del loro ciclo di vita, compresi fattori coinvolti nel processo specifico di produzione, fornitura o scambio di questi lavori, forniture o servizi o in un processo specifico per una fase successiva del loro ciclo di vita, anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale" (art. 95, comma XI). Quest'ultimo inciso consente di superare il collegamento tra il criterio di

aveva individuato tra i criteri di valutazione per l'aggiudicazione della gara anche un criterio c.d. ecologico. La Società Concordia Bus, non risultata vincitrice della gara, ricorreva alla Corte di Giustizia Europea sollevando una questione di illegittimità del bando di gara che aveva previsto un punteggio particolarmente elevato per il criterio ecologico. La Corte di Giustizia Europea respingeva il ricorso affermando che "quando nell'ambito di un appalto pubblico relativo alla prestazione di servizi di trasporti urbani mediante autobus l'amministrazione aggiudicatrice decide di attribuire un appalto all'offerente che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa, può prendere in considerazione criteri ecologici, quali il livello di emissioni di ossido di azoto o il livello sonoro degli autobus, purché tali criteri siano collegati all'oggetto dell'appalto, non conferiscano all'amministrazione aggiudicatrice una libertà incondizionata di scelta, siano espressamente menzionati nel capitolato di appalto o nel bando di gara e rispettino tutti i principi fondamentali del diritto comunitario ed, in particolare, il principio di non discriminazione"

²⁴⁶ Con una successiva pronuncia (4 dicembre 2003, causa C-448/01, EVN AG, Wienstrom GmbH contro Repubblica austriaca) la Corte di giustizia interviene in tema di energia elettrica ribadendo il principio affermato sul caso Concordia Bus e precisando che le amministrazioni aggiudicatrici, come possono scegliere liberamente i criteri di aggiudicazione dell'appalto, così possono anche stabilirne la ponderazione, purché ciò consenta una valutazione sintetica dei criteri adottati per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa (v. G. GARZIA, *Bandi di gara per appalti pubblici e ammissibilità delle clausole c.d. ecologiche*, in *Foro amm.*, 2003, 3515; B. POGACE, *I criteri ambientali negli appalti pubblici: dalle prime pronunce della corte di giustizia alla nuova direttiva 2004/18*, in *Urb. e App.*, 2004, 1385; A. GRATANI, *L'energia elettrica da fonti rinnovabili e il vaglio del criterio di «positività ambientale» negli appalti*, in *Riv. giur. amb.*, 2004, 285; D.U. GALETTA, *Vizi procedurali e vizi sostanziali al vaglio della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2004, 317; V. DE FALCO, *L'utilizzo di fonti di energia rinnovabili come criterio di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2004, 889.

²⁴⁷ A questo scopo, si deve sottolineare l'importanza del canone della proporzionalità: le condizioni ecologiche inserite nella documentazione di gara sotto i vari profili che già si sono esaminati, non possono tradursi in condizioni eccessivamente onerose per gli operatori economici che partecipano alla gara. Così sarebbe se si prevedessero delle certificazioni ambientali molto costose, in relazione al valore del contratto, da rendere non conveniente la partecipazione alla gara. Sul principio di proporzionalità si rinvia a S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, Torino, Giappichelli, 2011, 10 ss.; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano, Giuffrè, 2008, 7 ss

aggiudicazione e le caratteristiche sostanziali della prestazione che, invece, era stabilito dalla normativa comunitaria abrogata (v. Considerando n. 46 della Direttiva 2004/18/CE)²⁴⁸ e che finiva per limitare la possibilità di valutare i profili ambientali della prestazione. Già la Corte di Giustizia europea aveva interpretato la disposizione nel senso di ammettere criteri di valutazione della prestazione non collegati ad una caratteristica intrinseca della stessa, ossia ad un elemento che si incorpori materialmente in essa²⁴⁹. Questo passaggio è il presupposto di un'ulteriore evoluzione, operata dal Codice del 2016, che ricollega le specifiche tecniche e i criteri di valutazione delle offerte all'oggetto del contratto con precipuo riferimento all'intero del ciclo di vita dello stesso (artt. 68 e 95-96). Se, infatti, le une e gli altri possono riferirsi a “tutte le fasi consecutive e/o interconnesse compresi la ricerca e lo sviluppo da realizzare, la produzione, gli scambi e le relative condizioni, il trasporto, l'utilizzazione e la manutenzione, della vita del prodotto o del lavoro o della prestazione del servizio, dall'acquisizione della materia prima o dalla generazione delle risorse fino allo smaltimento, allo smantellamento e alla fine del servizio o all'utilizzazione”, in base a quanto stabilisce l'art. 3, I comma, lett. hhhh), allora, non vi sono più collegamenti necessitati al contenuto materiale del servizio, dell'opera o della fornitura e l'oggetto del contratto viene a sovrapporsi al ciclo di vita di tale prestazione. Questa nuova e più ampia impostazione è il risultato di una precisa volontà legislativa di valorizzare il profilo ambientale e sociale della prestazione, come espressamente affermato al Considerando n. 97 della Direttiva 24/2014/UE. La medesima ratio è rintracciabile nella previsione che, in modo innovativo rispetto al sistema previgente, ammette la competizione solo in relazione ai criteri qualitativi, nel senso che fermo il prezzo o il costo fissato dalla stazione appaltante, le imprese si troverebbero a concorrere esclusivamente in base alla qualità e valutate con parametri non economici. Questo nuovo criterio di aggiudicazione presenta il vantaggio di impedire ribassi anomali che inciderebbero sulla qualità, anche

²⁴⁸ Del seguente tenore letterale: “la determinazione di tali criteri dipende dall'oggetto dell'appalto in quanto essi devono consentire di valutare il livello di prestazione che ciascuna offerta presenta rispetto all'oggetto dell'appalto, quale definito nelle specifiche tecniche, nonché di misurare il rapporto qualità/prezzo di ciascuna offerta”. Con ciò, si stabiliva un sistema basato su una duplice correlazione: le specifiche tecniche dovevano essere riferite al contenuto materiale dell'appalto e i criteri di valutazione dovevano essere determinati in funzione della valutazione proprio degli aspetti materiali della prestazione

²⁴⁹ CGE, 10 maggio 2012, in causa C-368/10, Commissione c. Paesi Bassi (in *Urb. e app.*, 2012, 1135, con nota di R. CARANTA, *L'incerta sostenibilità degli appalti pubblici*) nota come sentenza sul caso Max Havelaar, ha ritenuto non necessario che il criterio ecologico implichi un effetto sulle caratteristiche intrinseche del prodotto ben potendo attenersi solo al processo di produzione. Con ciò la Corte ha ritenuto legittimo che la pubblica amministrazione possa stabilire criteri che preferiscono prodotti derivanti dal commercio equo e solidale.

ambientale della prestazione²⁵⁰. L'ultima cautela a limitazione della discrezionalità dell'amministrazione, contro contegni arbitrari lesivi della concorrenza, è da ravvisarsi nel rispetto del principio di trasparenza e nell'adempimento agli obblighi di pubblicità: le modalità di calcolo dei costi devono essere accessibili da parte di tutti. Il Codice impone che esse siano inserite nella documentazione di gara e richiede che gli offerenti possano conoscere sin dall'inizio della gara i dati che saranno oggetto di valutazione, la procedura ed i parametri. Ciò è determinante ai fini della partecipazione e della presentazione di un'offerta congrua su misura.

2.3. Medie-piccole-micro imprese, produzioni chilometri zero e filiera corta.

Nella più recente normativa codicistica il legislatore strumentalizza in modo rilevante la regolazione sulla contrattualistica pubblica per la tutela di situazioni imprenditoriali e professionali che richiedono di essere promosse e valorizzate, sulla base degli indirizzi "unionali"²⁵¹. Dell'imprenditoria più debole di fronte al circuito delle commesse pubbliche il Codice si occupa in svariate occasioni²⁵²: così, l'art. 30, comma VII richiede che i criteri di partecipazione alle gare debbano essere tali da non escludere le micro, piccole e medie imprese e l'art. 51, allo scopo di favorirle, prevede la suddivisione dell'oggetto del contratto in lotti; si stabilisce che i contratti sottosoglia²⁵³ debbano essere affidati nel rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di

²⁵⁰ Perplexità sono manifestate da C. LAMBERTI e S. VILLAMENA, *Nuove direttive appalti: "sistemi di selezione" e "criteri di aggiudicazione"*, in *Urb. e app.*, 2015, 882 che ritengono particolarmente complicata la determinazione del prezzo da parte delle stazioni appaltanti.

²⁵¹ Trattasi di un neologismo che talora si utilizza per sostituire l'aggettivo "comunitario" da quando alla Comunità europea si è sostituita l'Unione europea.

²⁵² Si tratta delle imprese definite all'art. 3, lett. aa): microimprese, piccole e medie imprese», le imprese come definite nella Raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione del 6 maggio 2003. In particolare, sono medie imprese le imprese che hanno meno di 250 occupati e un fatturato annuo non superiore a 50 milioni di euro, oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 43 milioni di euro; sono piccole imprese le imprese che hanno meno di 50 occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 10 milioni di euro; sono microimprese le imprese che hanno meno di 10 occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 2 milioni di euro.

²⁵³ Trattasi di contratti di minor valore in base alle soglie determinate dall'art. 35 (così, ad esempio, gli affidamenti di lavori per importi inferiori a Euro 5.225.000).

partecipazione delle micro, piccole e medie imprese e che l'aggregazione degli acquisti attraverso la creazione di un sistema di reti di committenza garantisca la partecipazione delle stesse; ancora, è affidata alla Cabina di regia sugli appalti pubblici²⁵⁴ e all'ANAC l'analisi dei dati sull'efficientamento del sistema di acquisto attraverso le centrali di committenza, nell'ambito dei quali devono essere evidenziati anche gli accorgimenti adottati per garantire l'effettiva partecipazione delle micro, piccole e medie imprese. Infine, l'art. 83 prevede a favore di queste imprenditoriali minori che l'offerta non debba essere corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore qualora l'offerente risultasse affidatario. Accanto a questo interesse, se ne affianca un altro correlato: quello di favorire le situazioni imprenditoriali più limitate operanti sul territorio in grado di offrire prodotti nella medesima zona, in questo modo contenendo anche le problematiche ambientali legate al trasporto delle merci. Si riconosce, infatti, la possibilità di introdurre nella valutazione dell'offerta dei criteri premiali per agevolare la partecipazione alle procedure di affidamento per le micro, piccole e medie imprese, per i giovani professionisti e per le imprese di nuova costituzione e si prevede di un maggior punteggio relativo all'offerta concernente beni, lavori o servizi che "presentano un minore impatto sulla salute e sull'ambiente ivi inclusi i beni o prodotti da filiera corta o a chilometro zero"²⁵⁵. Si tratta di un lessico nuovo²⁵⁶ mutuato dalla regolazione comunitaria, che il legislatore utilizza per introdurre criteri di qualità specifica: la qualità ambientale. In tal senso, si veda l'art. 144 inerente i servizi di ristorazione il cui affidamento richiede la valutazione dell'offerta tecnica tenendo conto di fattori come la qualità dei generi alimentari con particolare riferimento a quella di prodotti biologici, tipici e tradizionali, di quelli a denominazione protetta, nonché di quelli provenienti da sistemi di filiera corta e da operatori dell'agricoltura sociale, il rispetto delle disposizioni ambientali in materia di green economy, dei criteri ambientali minimi pertinenti e della qualità della formazione degli operatori.

²⁵⁴ Istituita presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, la Cabina di regia ha il compito, fra gli altri, di compiere ricognizioni sullo stato di attuazione del Codice e di proporre eventuali soluzioni correttive e di miglioramento, nonché di segnalare specifiche violazioni all'ANAC per gli interventi di competenza. In merito disciplina della Cabina di Regia si rinvia a quanto è previsto all'art. 212, rubricato Indirizzo e coordinamento.

²⁵⁵ Ciò, naturalmente, deve avvenire compatibilmente con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità.

²⁵⁶ S. VILLAMENA, Codice dei contratti pubblici 2016. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità, in Riv. giur. edilizia, 2017, 101 ss.

2.4. Le clausole di esecuzione degli appalti.

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

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

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

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

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

CAPITOLO IV

Profili di diritto comparato

Sommario: **1.** Stati Uniti: note introduttive. **1.1.** Evoluzione della disciplina. **1.2.** “L’esclusione dell’operatore di mercato” e l’ambiente. **1.2.1.** Cos’è “l’esclusione dell’operatore di mercato” (Market Participant Exception)? **1.2.2.** Cibo, ambiente e “l’esclusione dell’operatore di mercato”. **1.2.3.** Standards ambientali generalmente applicabili e regolazione. **1.2.4.** La “dottrina della prevenzione”: un fattore aggiuntivo nella regolazione degli Stati. **2.** Stati Uniti *versus* Europa: l’esclusione dell’operatore di mercato ed i profili ambientali negli appalti pubblici. **3.** Cina: il programma per gli appalti verdi: le tre fasi di sviluppo. **3.1.** Le fonti. **3.2.** Misure specifiche per il *green procurement*. **3.3.** Problemi applicativi. **4.** Francia: le linee di sviluppo dal Codice dei contratti pubblici del 2001 al recepimento delle direttive dell’Unione europea del 2014. **5.** Germania: la “tricotomia” della disciplina degli appalti pubblici. **6.** Regno Unito: la tradizione degli appalti sostenibili. Dalla tutela “forte” alla tutela “debole”. **7.** Russia: brevi note storiche.

1. Stati Uniti: note introduttive.

Nel proposito di promuovere la difesa dell’ambiente e di sostenere le economie locali, gli Stati americani²⁵⁷ sono abilitati all’adozione di una legislazione per incoraggiare, ed in alcuni casi

²⁵⁷ Per la ricostruzione del sistema degli appalti pubblici negli Stati Uniti Cfr.: JOHN O. MCGINNIS & ILYA SOMIN, *Federalism vs. States’ Rights: A Defense of Judicial Review in A Federal System*, 99 Nw. U. L. Rev. 89 (2004); ROBERT V. PERCIVAL, *Environmental Federalism: Historical Roots and Contemporary Models*, 54 Md. L. Rev. 1141 (1995); BRANNON P. DENNING ET AL., *Laws to Require Purchase of Locally Grown Food and Constitutional Limits on State and Local Government: Suggestions for Policymakers and Advocates*, Journal of Agriculture, Food Systems, and Community Development 139, (2010), http://www.agdevjournal.com/attachments/115_JAFSCD_Laws_on_Locally_Grown_Food_Corrected_10-10.pdf. See also AMY S. ACKERMAN, *Buy Healthy, Buy Local: An Analysis of Potential Legal Challenges to State and Local Government Local Purchase Preferences*, The Urban Lawyer 1015 (Fall 2011); DAN T. COENEN, *Untangling the Market-Participant Exception to the Dormant Commerce Clause*, 88 Mich. L. Rev. 395, 399 n.26 (1989); JASON J. CZARNEZKI, *Food, Law & the Environment: Informational and Structural Changes for a Sustainable Food System*, 31 Utah Env’tl. L. Rev. 263 (2011); RICHARD H. SEAMON, *The Market Participant Test in Dormant Commerce Clause Analysis – Protecting Protectionism?*, 1985; KINGSLEY S. OSEI, *The Best of Both Worlds: Reciprocal Preference and Punitive Retaliation in Public Contracts*, 40 Pub. Cont. L.J. 715, 716 (2011); DERICK BRAATEN, *Legal Issues in Local Food Systems*, 15 Drake J. Agric. L. 9, 10, (2010); DANIEL FARBER, *Legal Guidelines for Cooperation Between the EU and American State Governments*, in *Transatlantic*

con prescrizioni aventi carattere imperativo, le pubbliche amministrazioni ad acquistare beni prodotti all'interno della stessa area geografica corrispondente al singolo Stato di riferimento (c.d. preferenza geografica) a mezzo del *market-participant exception*.

L'utilizzo della "esclusione dell'operatore di mercato" per consentire acquisti su base geografica incontra invece rigidi limiti di operatività all'interno dello spazio giuridico dell'Unione europea. Ciò nonostante, tanto gli Stati americani quanto gli Stati membri dell'Unione europea potrebbero essere in grado di utilizzare gli appalti pubblici per favorire, o richiedere, l'acquisto di beni ecologici, definiti attraverso una serie di misure.

1.1. Evoluzione della disciplina.

La storia²⁵⁸ del procacciamento di beni e servizi da parte delle amministrazioni pubbliche negli Stati Uniti è stata scandita dal conflitto armato²⁵⁹.

Modelli importanti di appalti pubblici infatti possono essere fatti risalire alla Rivoluzione americana quando il Congresso ha riorganizzato più volte i moduli procedurali per rifornire l'esercito continentale. Questa relazione tra Congresso e modelli di approvvigionamento, soprattutto a carattere militare, continua ancora oggi; molte riforme in materia di appalti fanno seguito alla normativa annuale di autorizzazione per il Dipartimento di difesa.

Sotto il profilo strutturale, le prime leggi federali emanati già all'indomani della nascita dell'ordinamento repubblicano contemplavano un procedimento formale che prevedeva la pubblicazione di un avviso, una fase concorsuale e l'aggiudicazione. In tale sequenza procedimentale, un ruolo di rilievo era svolto dal criterio selettivo dell' "uomo di sostanza e di

Regulatory Cooperation: The Shifting Roles of the EU, the U.S. and California; PAUL S. WEILAND, *Federal and State Preemption of Environmental Law: A Critical Analysis*, 24 Harv. Envtl. L. Rev. 237, 238 (2000).

²⁵⁸ Per una dettagliata ricostruzione storica dell'evoluzione della normativa federale in materia di appalti pubblici Cfr. C. YUKINS, *The U.S. Federal Procurement System: An Introduction*, 2017.

²⁵⁹ JAMES F. NAGLE, *History of Government Contracting*, 1999: "The U.S. acquisition system has a long history and is based on a detailed statutory and regulatory scheme. The roots of the federal procurement system can be traced back to the 19th century (and arguably back to the War of Independence in the 18th century). Today, the bedrock of the federal procurement laws is the Competition in Contracting Act of 1984, modified by reform legislation from the 1990s, and implemented through the very detailed Federal Acquisition Regulation (the FAR). CICA, as the 1984 statute is often called, was codified in several different parts of the United States Code: in section 2301 and the following sections of Title 10 for defence agencies; in section 251 and the following sections of Title 41 for civilian agencies; and in section 3551 and the following sections of Title 31 for the bid protest provisions)".

talento”, precursore delle qualificazioni di oggi, finalizzato a valutare la reputazione e la *performance* dei potenziali contraenti.

All’inizio del XIX secolo, il principio secondo cui il Governo quando contrae agisce non come un sovrano, ma come una parte contraente soggetta alle leggi, inizia a svilupparsi in concomitanza con l’affermarsi del principio di buona fede quale limite della discrezionalità amministrativa delle stazioni appaltanti.

In questo primo secolo della sua storia, il Governo federale faceva però spesso più affidamento sulla propria capacità produttiva, mentre l’*outsourcing* costituiva una eccezione. La ragione di un simile rapporto tra produzione interna ed internalizzazione risiedeva principalmente dal dominio statale della tecnologia nelle prime fasi della industrializzazione americana. La stessa dinamica si ripeterà negli Stati europei, in cui la fase del c.d. Stato imprenditore precede quella del c.d. Stato regolatore.

Soltanto negli anni Sessanta e Settanta con l’inversione del riferito rapporto di produzione iniziano ad essere introdotte discipline più specifiche nel settore degli appalti pubblici recepite dal *Contracting Act* del 1984 i cui principi fondamentali sono rimasti invariati sino ai giorni d’oggi. La concorrenza nella contrattazione rappresenta il pilastro intorno a cui si struttura l’intero procedimento di evidenza pubblica: l’obiettivo del legislatore è quello di assicurare a livello federale una competizione effettiva ed accessibile alla più vasta platea di operatori economici.

1.2. “L’esclusione dell’operatore di mercato” e l’ambiente.

L’organizzazione ordinamentale in senso federale consente agli Stati Uniti, come entità sovrane, di operare scelte legislative e di perseguire politiche pubbliche nel modo che più soddisfi le esigenze dei singoli Stati, salvo l’intervento della legislazione federale.

Negli Stati Uniti il termine “federalismo ambientale” si riferisce alla capacità degli Stati di perseguire politiche di salvaguardia ambientale più rigorose di quelle adottate a livello centrale. Questa impostazione è risalente, infatti, già nel caso *New State Ice Co. v. Liebmann* la Corte suprema degli Stati Uniti statuì che “[i]t is one of the happy incidents of the federal system that

a single courageous State may, if its citizens choose, serve as a laboratory; and try novel social and economic experiments without risk to the rest of the country.”

Negli Stati Uniti misure legislative che richiedano o forniscano incentivi all’acquisto di beni prodotti all’interno di un confine geografico definito o di beni che soddisfano determinati requisiti ambientali potrebbero però, ai sensi della Costituzione americana, porsi in violazione con la c.d. “dormant Commerce Clause doctrine”, che di regola impedisce l’adozione di misure discriminatorie che importino restrizioni al commercio tra i singoli Stati.

Ad ogni modo, gli Stati possono utilizzare “l’esclusione dell’operatore di mercato” per applicare tali vincoli o condizioni allo scopo di indirizzare gli acquisti delle pubbliche amministrazioni. L’esclusione individua una distinzione tra governi statali che agiscono come regolatori del mercato (come nel caso in cui impongono una tassa o vietano un ingrediente non salutare) e come operatori di mercato (come nel caso in cui acquistano beni). In altri termini, i governi statali e locali possono agire come qualsiasi altro acquirente o venditore privato nel decidere soggetto ed oggetto della contrattazione.

Secondo i principi del federalismo, ad esempio, uno Stato ha la competenza all’adozione di regolamenti che obbligano le pubbliche amministrazioni a fornire una preferenza geografica agli agricoltori locali. Uno Stato, tuttavia, come regolatore può anche operare la scelta di approvare misure legislative, al di fuori del settore degli appalti pubblici, per promuovere interessi di tipo ambientale che fanno riferimento al suo territorio; in tale evenienza un tribunale opererà un sindacato di proporzionalità e ragionevolezza sulla specifica misura adottata, attraverso il bilanciamento tra la concreta misura di protezione ambientale e suo impatto sulla restrizione al commercio interstatale.

1.2.1. Cos’è “l’esclusione dell’operatore di mercato” (Market Participant Exception) ?

La Costituzione degli Stati Uniti attribuisce alla competenza del Congresso la regolazione del commercio tra i diversi Stati della federazione. Mentre, nel sistema federale, i singoli Stati mantengono la propria sovranità, la dottrina, di origine pretoria, della c.d. “dormant commerce clause” impedisce che l’azione degli Stati possa recare pregiudizio al libero commercio tra gli stessi. Ciò nonostante gli Stati americani mantengono la loro capacità di agire come

consumatori attraverso lo strumento degli appalti pubblici e sono in grado di adottare previsioni legislative orientate a loro esclusivo vantaggio. La c.d. esclusione dell'operatore di mercato abilita le entità statali a restringere il commercio quando agiscono come acquirenti o come venditori, piuttosto che come regolatori.

La *Commerce Clause*, prevista dall'art. 1 della Costituzione americana, attribuisce al Congresso il potere di regolamentare il commercio tra gli Stati. Nel caso *Gibbons v. Ogden* la Corte Suprema ha ritenuto valida ed efficace una legge federale del 1793 che autorizzava una compagnia di traghetti ad operare nelle acque di New York, concludendo che tale prescrizione prevaleva sul monopolio attribuito dallo stato di New York ad un'altra compagnia di traghetti.

Tre principali implicazioni derivano dal caso *Gibbons*: "commercio" si riferisce ai rapporti commerciali tra nazioni e parti di esse, in tutte le sue forme, compresa la navigazione; "tra gli Stati" significa il commercio che intercorre tra più soggetti, restando, dunque, fuori dalla previsione il commercio che si svolge all'interno dello Stato, che può essere considerato come mero affare interno e di sua esclusiva competenza; la sovranità statale ed il decimo Emendamento non limitano il potere del Congresso, che non conosce limitazioni al di fuori di quelli espressamente contemplati dalla Costituzione.

Nel caso *Wickard v. Filburn* la Corte Suprema ha consolidato il potere del governo federale nel regolamentare il commercio interstatale. La Corte ha confermato l'applicazione dell'*Agricultural Adjustment Act*, e la conseguente quota di produzione di grano per singoli agricoltori, ad un agricoltore che, coltivando grano principalmente per il proprio consumo, riteneva non potersi configurare una fattispecie di commercio e, dunque, lamentava l'applicazione della *Commerce Clause*. La Corte statuì che, nel complesso, il grano locale può recare effetti sostanziali sul commercio interstatale "*as the farmer's "own contribution to the demand for wheat may be trivial by itself [it] is not enough to remove him from the scope of federal regulation where, as here, his contribution, taken together with that of many others similarly situated, is far from trivial"*.

Se da un lato la *Commerce Clause* svolge la funzione di attribuire al Congresso la competenza relativa al commercio interstatale, dall'altro opera anche nel senso di impedire l'adozione di provvedimenti da parte di amministrazioni locali che limitino detto commercio.

Si tratta della c.d. dormant commerce clause, espressione di un principio di creazione giurisprudenziale, che in sostanza sancisce l'incostituzionalità di provvedimenti delle amministrazioni decentrate che impongano oneri eccessivi al commercio interstatale.

La prassi dei tribunali ha sviluppato un sindacato articolato in due parti per verificare se una legge o un regolamento abbia l'effetto di contrastare la *dormant commerce clause*.

In primo luogo il giudice scruta se la legge sia direttamente discriminatoria o se la discriminazione costituisca uno degli effetti della stessa. Il giudicante esamina se discrimina i soggetti non appartenenti allo Stato che adotta la misura o se, al contrario, offre il medesimo trattamento a tutti i cittadini, indipendentemente dalla loro residenza.

In secondo luogo, se il provvedimento non è invalido ad esito del primo tipo di scrutinio, la Corte opera un bilanciamento riferito alla giustificazione e proporzionalità della misura statale adottata ad incidere in via limitativa sul libero svolgimento del commercio interstatale.

Nonostante i tribunali abbiano un margine significativo di discrezionalità, in genere confermano la legittimità del provvedimento una volta che si sia stabilito che lo stesso non abbia prodotto effetti discriminatori. Ad esempio, nel caso *Minnesota v. Clover Leaf Creamery Co* la Corte ha ritenuto legittima la misura che vieta l'utilizzo di contenitori di plastica non riciclabile per il latte, in ragione della considerazione della preminenza nel caso specifico dei benefici derivanti dalla protezione ambientale rispetto al distinto interesse afferente al commercio interstatale.

Detto questo, nonostante la constatazione della non discriminatorietà della legge statale, può comunque verificarsi l'eventualità che l'imposizione di una restrizione risulti così eccessiva all'interesse commerciale da essere giudicata come incostituzionale. Ad esempio, nel caso *Bibb v. Navajo Freight Lines*, la Corte dichiarò incostituzionale una legge statale che richiedeva per tutti gli automezzi in uso alle varie pubbliche amministrazioni parafranghi curvi per prevenire gli spruzzi e migliorare così la sicurezza stradale. Il giudice ha ritenuto la misura incostituzionale in quanto restrittiva del commercio, dal momento che i parafranghi dritti erano legali in quarantotto Stati. La Corte ha riassunto detta vicenda come uno di quei casi in cui misure adottate a livello locale a fini di sicurezza, anche se non discriminatorie, importano oneri eccessivi a danno del commercio interstatale.

Nonostante l'operatività del principio del *dormant commerce clause*, si individuano due eccezioni: “[e]ven a clearly unconstitutional, discriminatory state law will be allowed if approved by Congress because Congress has plenary power to regulate commerce among the states.”; “[a] state may favor its own citizens in receiving benefits from government programs or in dealing with government-owned businesses. The federal courts of appeal have rejected most Commerce Clause challenges to in-state preference laws, holding that the market participant exception applies.”

La *market participant exception*, invece, potrebbe rivelarsi un utile strumento per gli Stati per favorire lo sviluppo dei mercati locali oppure per incoraggiare l'adozione di misure di protezione ambientale. Così, quando uno Stato agisce come consumatore o come operatore di mercato, piuttosto che come regolatore, ha la facoltà di imporre scelte a carattere restrittivo nel settore degli appalti pubblici, che diversamente sarebbero considerate incostituzionali in ragione della violazione del *commerce clause*.

Nel caso *Hughes v. Alexandria Scrap Corp*, la Corte Suprema per la prima volta ha riconosciuto il principio dell'esclusione dell'operatore di mercato ed ha statuito: “Nothing in the purposes animating the Commerce Clause prohibits a State, in the absence of congressional action, from participating in the market and exercising the right to favor its own citizens over others”.

Successivamente, nel caso *Reeves* holding la Corte ha sostenuto ““[t]here is no indication of a constitutional plan to limit the ability of the States themselves to operate freely in the free market.”

La *market participant exception* suggerisce, dunque, che gli Stati possono favorire i propri cittadini e le proprie imprese locali quando desiderano proteggere gli interessi territoriali di riferimento e quando essi stessi sono coinvolti negli acquisti. Nella vicenda *White v. Massachusetts Council of Construction*, la Corte Suprema ha confermato la legittimità di un provvedimento di un'amministrazione municipale che richiedeva per tutti i progetti di costruzione finanziati dalla governo della città l'utilizzo di una quota di forza lavoro individuata tra i residenti pari ad almeno il 50%. La Corte ha infatti osservato che “*Alexandria Scrap* and *Reeves* stand for the proposition that when a state or local government enters the market as a participant it is not subject to the restraints of the Commerce Clause”.

Nonostante la *market participant exception* renda valida una misura a carattere discriminatorio quando il soggetto pubblico agisce come operatore di mercato, non si tratta di un esito sempre e comunque verificabile.

Un primo importante limite posto dalla Corte alla portata della c.d. esclusione dell'operatore di mercato si individua, infatti, nel fatto che le imprese statali mentre possono favorire produttori e venditori che operano all'interno dello Stato di riferimento, diversamente non sono abilitate ad esigere condizioni di vendita potenzialmente idonee di recare nocimento al commercio interstatale. Per esempio "a state can require that all government agencies purchase potatoes grown within the state, but it cannot require that any purchaser (in or out-of-state) have the potatoes processed in the state before they can be exported".

Così, a dispetto della longevità del principio in questione, ancora non si è giunti ad una chiara definizione delle coordinate ermeneutiche della dottrina del *market participant*: "what exactly comprises *market participation* versus *market regulation* is still being explored in the realm of climate change, electric power regulation, and more recently, public food procurement."

In termini generali, quando le Corti esaminano se una determinata fattispecie concreta rientri o meno all'interno del *market participant exception*, le stesse valutano se il programma rispecchi o meno lo sforzo del governo di favorire i residenti quali destinatari finali delle risorse proprie delle amministrazioni cui appartengono; se il programma sia coerente con i valori del federalismo e risponda alle esigenze e preoccupazioni del territorio; in quale misura il programma pregiudichi i valori sottostanti alla *commerce clause* ad un mercato libero e non discriminatorio; se lo Stato sembri partecipare come attore del mercato, o piuttosto come regolatore dello stesso.

Occorre sottolineare come anche laddove la c.d. esclusione dell'operatore di mercato operi legittimamente, tuttavia è sempre presente il rischio che gli Stati ne abusino invocandola in modo discriminatorio: gli Stati confinanti, infatti, potrebbero essere indotti ad agire in rappresaglia e minare il libero e corretto svolgimento dei traffici

1.2.2. Cibo, ambiente e “l’esclusione dell’operatore di mercato”.

I meccanismi con cui gli Stati americani definiscono i c.d. appalti verdi sono vari, da misure di tipo legislativo, a provvedimenti amministrativi ad atti dal valore tipicamente politico.

Gli acquisti di cibo rappresentano un esempio primario di come gli Stati possono esercitare il loro potere di approvvigionamento. Nonostante una porzione significativa del bilancio di ciascun Stato sia destinata alla spesa per cibo (per scuole, prigionieri, etc.), la maggior parte della spesa avviene al di fuori del proprio circuito economico.

L’utilizzo dello strumento dell’appalto pubblico da parte delle pubbliche amministrazioni, in riferimento all’acquisto di cibo, per promuovere le economie locali genera un duplice ordine di effetti. Se lo Stato è abilitato a destinare fondi pubblici per l’acquisto di cibo locale, l’amministrazione è di regola in grado di soddisfare al contempo sia il suo obbligo di istituzionale di somministrazione di cibo come in scuole, ospedali o carceri, dall’altro ha la capacità di stimolare l’economia alimentare del territorio. Nello Stato del Michigan, ad esempio, la spesa in acquisti pubblici di tipo alimentare ammonta a circa trecento milioni di dollari. Destinando anche soltanto il 20% di questi fondi verso produttori locali, lo Stato sarebbe in grado di infondere sessanta milioni di dollari nell’economia del suo territorio.

Inoltre, un importante ruolo delle politiche di acquisto locali istituzionali è di servire come “*market primer*”: se il settore pubblico sviluppasse la domanda interna, i produttori locali sarebbero in grado di crescere e di svilupparsi in altri mercati.

I mutamenti che hanno interessato negli ultimi anni l’impianto tradizionale del sistema degli appalti, orientandoli anche verso finalità di sostenibilità ambientale e sociale, potrebbero produrre benefici non solo rispetto allo sviluppo del contesto economico dei territori, ma anche rispetto al consolidamento della consapevolezza del legame esistente tra cibo locale, ambiente e sostenibilità.

Numerosi Stati attraverso il *market participant exception* hanno emanato una legislazione che impone l’acquisto di cibo locale: l’*Illinois’s Local Food, Farms and Jobs Act* prevede che il 20% di tutti i prodotti alimentari acquistati da pubbliche amministrazioni dovrà provenire entro il 2020 da un’azienda agricola locale; un ordine esecutivo di San Francisco prevede per i vari dipartimenti ed agenzie della città l’acquisto di cibo sano, prodotto localmente ed in modo

sostenibile; nella contea di Woodbury, in Iowa, è stabilito l'obbligo di acquisto di cibo biologico prodotto localmente per soddisfare il servizio alimentare svolto a favore della prigione della contea, obbligo motivato dalla necessità di fornire incentivi per la creazione di posti di lavoro, attrarre investimenti economici, promuovere la salute e la sicurezza della comunità.

Altri Stati, invece, hanno adottato legislazioni che non impongono obblighi, ma più semplicemente incoraggiano i soggetti pubblici verso l'acquisto di prodotti alimentari locali. Lo Stato dell'Oregon ha approvato una legge che consente alle agenzie contraenti di utilizzare denaro pubblico per l'acquisto di prodotti agricoli locali se il loro prezzo non risulti superiore del 10% rispetto a prodotti analoghi provenienti da altri Stati. In precedenza, invece, il criterio guida dell'acquisto era rappresentato dal prezzo più basso e non era consentito valutare ulteriori criteri, come quelli di sviluppo sostenibile e di sicurezza alimentare.

In Alabama la stazione appaltante può dare preferenza alle merci prodotte all'interno del suo territorio o comunque vendute dai suoi residenti o dalle aziende locali; in Colorado le pubbliche amministrazioni possono aggiudicare contratti per prodotti agricoli agli offerenti locali se i loro prodotti garantiscono la stessa qualità e se il prezzo di offerta non superi quello più basso dell'offerente non appartenente allo Stato; nelle Hawaii un punteggio aggiuntivo determinato tra il 3% ed il 10% può essere attribuito a prodotti locali se gli stessi soddisfano determinati requisiti; in Louisiana i prodotti là assemblati, fabbricati o lavorati godono di una preferenza rispetto alle merci di provenienza esterna; il *Montana Procurement Act* consente alle stazioni appaltanti un certo margine di flessibilità nell'acquisto dei prodotti del suo territorio.

1.2.3. Standards ambientali generalmente applicabili e regolazione.

Le leggi dei singoli Stati sono ritenute legittime in ragione della considerazione che gli stessi agiscono come operatori di mercato e supportano le economie statali e locali, ma cosa accadrebbe se la ragione di tali interventi derogatori rispetto al libero commercio interstatale fosse la difesa dell'ambiente o la salute pubblica? In riferimento agli appalti pubblici la

dormant commerce clause non può trovare applicazione, anche quando la ragione della prescrizione statale si giustifichi in riferimento alla protezione del valore ambientale.

Ma se, al contrario, lo Stato agendo come regolatore promuovesse interessi statali nell'ambiente e nella sostenibilità? In tale evenienza la *commerce clause* sarebbe violata?

Se l'intervento legislativo non risulti di fatto discriminatorio nell'esito applicativo, potrebbe essere giudicato legittimo.

Tuttavia, permane il rischio concreto che un Stato possa approvare misure legislative senza considerare adeguatamente il loro impatto rispetto agli interessi degli altri Stati. Inoltre, è presente anche il pericolo che uno Stato utilizzi previsioni in astratto non discriminatorie per gravare di oneri alcune imprese rispetto ad altre che operino all'interno dello stesso territorio.

Al fine di scongiurare che si verifichino eventi abusivi, le Corti hanno elaborato un vero e proprio scrutinio di non-discriminatorietà, noto come *Pike test*.

Nel caso *Pike v. Bruce Church, Inc.* la Corte ha statuito che, nella valutazione di una determinata regolazione, l'impatto sulla disciplina del commercio interstatale deve essere giustificato da preminenti ragioni di interesse pubblico direttamente riferibili in capo allo Stato. Si tratta, quindi, di un giudizio di proporzionalità e ragionevolezza.

Le disposizioni in materia ambientale hanno di regola superato il test. Per esempio, nel caso *Minnesota v. Clover Leaf Creamery Co.* la Corte ha confermato una legge statale che vietava l'utilizzo di contenitori per il latte prodotti in plastica non riciclabile, in quanto i benefici ambientali derivanti dalla previsione oggetto di gravame sarebbero stati ben maggiori rispetto al danno che avrebbe subito il commercio interstatale. Ancora, nel caso *Maine v. Taylor*, la Corte Suprema ha ritenuto legittimo il divieto statale di importare esche per la pesca, sussistendo nella fattispecie al suo esame un interesse legittimo dello Stato a difendersi da rischi ambientali, anche se non certi e non ancora pienamente compresi, nonostante che questi possano alla fine rivelarsi trascurabili (principio di precauzione).

1.2.4. La “dottrina della prevenzione”: un fattore aggiuntivo nella regolazione degli Stati.

Oltre alla possibile violazione del *dormant commerce clause*, gli Stati che impongono standards ambientali particolarmente rigorosi per prodotti e processi di produzione devono tenere in considerazione anche la c.d. “prevenzione” disciplinata dal diritto federale.

L’art. 6 della Costituzione afferma che: “This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof shall be the supreme Law of the Land. Accordingly, when a state law interferes with or is contrary to federal law, the state law is preempted and a court may invalidate it”.

In pratica, le Corti ritengono che le prescrizioni ambientali dei singoli Stati siano oggetto di “preemption” (prevenzione o diritto di prelazione), quando sia presente una prerogativa espressa o implicita della normativa federale. La forma di prelazione espressa ricorre quando una prescrizione di livello federale proibisce in via diretta agli enti statali e locali di intervenire in via legislativa o con misure di regolazione. Per esempio, *il Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act* del 1980 contiene una clausola espressa di prelazione, prescrivendo che “[n]o Federal, State, or local permit shall be required for the portion of any removal or remedial action conducted entirely onsite, where such remedial action is selected and carried out in compliance with this section”.

Ma anche quando un provvedimento non include una clausola espressa di prelazione, la Corte può ritenere che la legge locale in materia di ambiente sia implicitamente “prevenuta”. Nel caso di leggi statali e locali che contengano misure ambientali la “prevenzione” può essere implicita secondo due teorie: la “prevenzione di settore” e la “prevenzione di conflitto”. La prima si verifica allorché l’intervento normativo del Congresso risulti così specifica e completa da rendere ragionevole la volontà del legislatore federale di non lasciare spazio alla normativa di dettaglio e di integrazione dei singoli Stati. La seconda, invece, prende in considerazione la fisiologica incompatibilità tra disciplina federale e disciplina statale, o il caso in cui una legge statale rappresenti un ostacolo alla realizzazione della volontà del Congresso.

Il *California’s Safe Drinking Water and Toxic Enforcement Act* del 1986, noto come “Proposition 65” offer chiarimenti in merito alla dottrina della “prevenzione”, dal momento che è stato oggetto di gravame in più occasioni nel corso degli anni. Il provvedimento non

limita la quantità di sostanze pericolose nei prodotti di consumo (come il cibo) ma, piuttosto, richiede delle etichettature informative relative al non superamento dei limiti imposti a livello federale. Dal momento che la legge federale prevede la disciplina delle sostanze chimiche e ne stabilisce gli standards, la “Proposition 65” sembrerebbe porsi in contrasto con il livello di disciplina federale in forza della dottrina della “prelazione”, ma i tribunali, invece, hanno ritenuto in più occasioni non potersi configurare alcun conflitto in quanto il livello statale si limitava semplicemente a specificare la disciplina federale.

2. Stati Uniti *versus* Europa: l’esclusione dell’operatore di mercato ed i profili ambientali negli appalti pubblici.

Le direttive dell’Unione europea definiscono le norme sugli appalti pubblici applicabili ai vari Paesi membri, caratterizzati da differenti sistemi giuridici e diverse tradizioni socio-culturali. Questo processo è invece estraneo agli Stati Uniti, dal momento che il sistema degli appalti pubblici deve qui applicarsi ad un’unica entità statale. Inoltre, è da evidenziarsi come nello spazio UE le direttive sugli appalti coprano tutti i livelli di governo, dagli appalti nazionali a quelli locali; negli Stati Uniti, al contrario, la legislazione della materia si riferisce unicamente al livello federale, non trovano applicazione rispetto ai singoli Stati i cui specifici sistemi di approvvigionamento sono legalmente e attualmente separati²⁶⁰.

Continuando nella definizione delle caratteristiche strutturali dei due sistemi, negli Stati Uniti si registra un’ampia flessibilità per quanto riguarda la scelta della procedura. Dal periodo della Seconda guerra mondiale l’utilizzo di criteri di aggiudicazione non fondati unicamente sul c.d. prezzo più basso, così come la centralità di procedure negoziate, si sono affermati in via stabile.

Una diversa impostazione si rintraccia nel sistema delineato delle direttive UE, in cui occupano una posizione centrale le procedure aperte o ristrette, mentre altri moduli procedimentali, come

²⁶⁰ Evidenziano le differenti impostazioni del sistema dell’Unione europea e del sistema statunitense sugli appalti pubblici le approfondite analisi di D. I. GORDON – G. M. RACCA, *Integrity challenges in the EU and U.S. procurement systems*, www.ius-publicum.com, 2014.

quelli negoziati, sono considerati meno trasparenti e, quindi, utilizzabili soltanto in casi legislativamente definiti.

Una differenza significativa tra l'approccio europeo e l'approccio statunitense attiene poi alla valutazione delle offerte: nell'Unione europea prevalgono di regola criteri di aggiudicazione oggettivi, mentre il sistema americano privilegia criteri di tipo soggettivo.

Nell'impianto delle direttive, infatti, la valutazione dei requisiti di qualità e di capacità degli offerenti rappresenta la prima fase della procedura ed è completamente separata dalla valutazione delle offerte. Viene così fissato un livello minimo di capacità economico-finanziaria e tecnica proporzionato all'oggetto del contratto, mentre nell'evidenza pubblica del modello americano prevalgono in questa stessa fase valutazioni incentrate su valutazioni delle *performance* passate degli operatori economici offerenti. Negli anni Duemila è stato addirittura creato un *database* delle prestazioni che consente ai funzionari delle pubbliche amministrazioni appaltanti di identificare i contratti precedenti senza fare unico affidamento alle dichiarazioni dell'offerente in sede di presentazione della domanda di partecipazione alla gara.

Spesso, in particolar modo rispetto ad elementi non facilmente quantificabili in termini assoluti, si cerca di oggettivizzare elementi non facilmente riconducibili al criterio oggettivo. Così, allo scopo di ridurre la discrezionalità della stazione appaltante, si ricorre, in molti Paesi, a formule matematiche che oggettivizzano in modo più neutro possibile, ad esempio, le qualità di un prodotto oggetto di un contratto. Ciò può assumere una significativa rilevanza nell'utilizzo di criteri di aggiudicazione, non basati esclusivamente sulla valutazione economica dell'offerta come nel caso della considerazione delle qualità ambientali di un prodotto.

La questione politica e giuridica dominante del sistema degli appalti pubblici, nella comparazione²⁶¹ tra il diritto degli Stati Uniti d'America ed il diritto dell'Unione europea, si

²⁶¹ Per la ricostruzione del dibattito Cfr.: JENS FEJØ, *Social and Environmental Policies in EU Public Procurement Law*, in ARROWSMITH, ("In a recent report, the so called 'Monti Report', it is thus made one of the key recommendations to make public procurement work for innovation, green growth and social inclusion by imposing specific mandatory requirements.") (citing Mario Monti, A new strategy for the Single Market at the Service of Europe's Economy and Society, Report to the President of the European Commission José Manuel Barroso 78 (9 May 2010)). See also SUE ARROWSMITH, *The Public Sector Directive 2004/18: Scope of Coverage*, in ARROWSMITH, ("Given the significant and influential role of public procurement in the economy, it is clear that it has the potential to impact on other policies (EU2020 objectives). The most frequently mentioned main areas for future strengthening of the rules are: environmental sustainability; respect for certain social conditions; and supporting innovation."); SUE ARROWSMITH & PETER KUNZLIK, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions* (2009); ROBERTO CARANTA &

riferisce, infatti, alla scelta delle modalità da perseguire per il perseguimento dell'obiettivo della protezione dell'ambiente: se sia meglio per gli Stati creare standards ambientali generalmente validi oppure applicare la *market participant exception*. Certamente, entrambi gli strumenti potrebbero essere utilizzati in via cumulativa e non alternativa.

La c.d. esclusione dell'operatore di mercato, come già esaminato, è operativa negli Stati Uniti sia per favorire lo sviluppo delle economie locali dei singoli Stati, sia per incentivare la protezione dell'ambiente attraverso la preferenza offerta dalle amministrazioni aggiudicatrici di prodotti e processi di produzione sostenibili.

Una simile tecnica di aggiudicazione incontrerebbe, al contrario, maggiori resistenze all'interno dello spazio giuridico dell'Unione europea. A differenza del *market participant exception*, quando gli Stati membri entrano nel mercato attraverso lo strumento degli appalti pubblici, le leggi nazionali che volessero favorire l'acquisto di beni locali sarebbero illegittime per violazione della normativa commerciale dell'Unione europea. Infatti, l'operatività di un meccanismo simile a quello della c.d. esclusione dell'operatore di mercato si porrebbe in palese contrasto con uno dei fini principali dell'integrazione europea, risolvendosi di fatto nella legittimazione di misure protezionistiche in contrasto con l'obiettivo istituzionale della apertura dei mercati.

Nonostante le differenze evidenziate, di fatto i due sistemi mostrano profili di evidente vicinanza. Tanto gli Stati americani quanto gli Stati membri dell'Unione europea possono integrare l'interesse ambientale nel procedimento ad evidenza pubblica, fermi restando per questi ultimi i maggiori oneri amministrativi dovuti alla mancanza della c.d. esclusione dell'operatore di mercato; inoltre, in entrambi i contesti di riferimento è possibile l'emanazione di legislazioni ambientali generalmente applicabili, se non produttive di effetti discriminatori

MARTIN TRYBUS, *The Law of Green and Social Procurement in Europe* (2010); JÖRGEN HETTNE, *Strategic Use of Public Procurement – limits and opportunities*, 2012, (“Other important issues such as social and environmental considerations can be promoted through public procurement.”); JÖRGEN HETTNE, *Legal Analysis of The Possibilities of Imposing Requirements In Public Procurement That Go Beyond The Requirements of EU Law*, 2012, available at <http://upphandlingsutredningen.se/wp-content/uploads/2012/04/EU-requirements-and-Public-Procurement-20120419.pdf>. “The guiding principles were transparency, non-discrimination and impartiality. These principles should be respected when awarding contracts within the public sector.” *Id.* (citing CHRISTOPHER H. BOVIS, *EC PUBLIC PROCUREMENT: Case-Law and Regulation*, 2005. See also HETTNE, *Legal Analysis*, *supra*, at 7-8 (stating that non-discrimination on basis of nationality is a key principle of EU Law) (citing Case C-324/98, *Telaustria and Telefonadress*, 2000 E.C.R. I-10745, para. 60; order in Case C 59/00 *Vestergaard*, 2001 E.C.R. I-9505, para. 20; see also Case C 264/03 *Comm’n v. France*, 2005 E.C.R. I-8831, para. 32; and Case C 6/05 *Medipac-Kazantzidis*, 2007 E.C.R. I-4557, para. 33.).

tra gli operatori economici. In termini generali, gli Stati americani restano assoggettati alla *federal preemption* e al *Pike test* e le discipline ambientali superano lo scrutinio di legittimità ogni volta in cui le stesse non importino oneri eccessivi al commercio interstatale. In modo simile, in base ai c.d. *fattori Gebhard* elaborati dalla giurisprudenza euro-unitaria, gli Stati membri possono introdurre regole maggiormente rigorose soltanto se il loro esito applicativo non si dimostri discriminatorio e non giustificate da imperativi interessi generali.

3. Cina: il programma per gli appalti verdi: le tre fasi di sviluppo.

Il sistema degli appalti pubblici cinese²⁶² ha una storia relativamente recente, la prima legislazione in materia risale infatti agli anni Novanta. Tradizionalmente si divide l'evoluzione

²⁶² BRAMMER, S., & WALKER, *Sustainable Procurement Practice in the Public Sector: An International Comparative Study*, www.bath.ac.uk/management/research/pdf/2007-16.pdf, 2007; CARLSSON LINA, *Environmental Concerns in Swedish Local Government Procurement*, in K.V. THAI AND G. PIGA, *Advancing public procurement*, Boca Raton, http://www.ippa.ws/IPPC2/BOOK/Chapter_11.pdf, 2006; CAO, FUGUO, *The Appropriate Use of Government Procurement Bidding*, Beijing; *China Green Procurement May Be a Double-edged Sword*, in *China Youth Paper* <http://yesky.n169.com>; CHOU, BILL K. P., *Challenges for China's Reform of Government Procurement*, in *Journal of Contemporary China*; European Commission, *International Policy Framework*, http://ec.europa.eu/environment/gpp/international_policy_framework_en.htm; Finance Ministry of the People's Republic of China, *Implementation Guidelines for Government Procurement of Energy-saving Products*, http://www.caigou2003.com/law/cfagui/200505/200505121741_26_217027.htm; Finance Ministry of People's Republic of China and the National Development and Reform Committee, *Finance Ministry and the National Development and Reform Committee regarding Adjustment of Energy Saving Product Government Procurement List Notice*, <http://www.cccp.gov.cn/zcfg/gjfg/gjfg/976372.shtml>; GUO, XIAN QI, *2006 Government Procurement Reaches 368,160 Million Yuan*, in *China's Government Procurement Net*; GUNTHER, P. A., *Hurdles in Green Purchasing – Method, Findings and Discussion of the Hurdle Analysis*, in C. ERDMENGER, *Buying into the Environment: Experiences, Opportunities and Potential for Eco-Procurement*; HIDSON MARK, *Driving Sustainability Through Procurement: The Procura + Campaign*, in *3rd International Public Procurement Conference Proceedings*; HU, AN-GANG: *China, New View for Development*; JU, MEITING, ZHANG, LEI, ZHAN, LIUYANG, REN, HONG, & YANG, ZHIHONG, *Public Green Procurement in China: Development Course, Program Management and Technical Methods*, in *Sustainable Public Procurement in Urban Administration in China: An Action under Europe Aid's SWITCH-Asian Program Paper No.02EN/CH*, www.publicprocurement.cn/English%20Document/Reports%201/Public%20Green%20Procurement%20in%20China.pdf; JU, MEITING; ZHANG, LEI, ZHAN, LIUYANG, REN, HONG, & YANG, ZHIHONG, *Practical Insights and Illustrative Examples on Sustainable Public Procurement: Cases Studies from China*, in *Sustainable Public Procurement in Urban Administration in China: An Action under Europe Aid's*; KIPPOEDLUND, P. HATUA –HEIKKILA,H., MIETTINEN, H, & NISSINEN, A., *Measuring the Environmental Soundness of Public Procurement in Nordic Countries*; MARRON, D., *Greener Public Purchasing as an environmental policy Instrument*, in *OECD Journal on Budgeting*; MCCRUDDEN, CHRISTOPHER , *Buying Social Justice: Equality, Government Procurement, and Legal Change*; OCHOA, A &ERDMENGER, C. *Study Contract to Survey the State of Play of Green Procurement in the EU – Final Report. International Council for Local Environment Initiatives*; www.icleieurope.org/index.php?id=gppsirvey; PARIKKA-ALHOLA, KATRIINA, NISSINEN, *Green Award Criteria in the Most Economically Advantageous Tender in Public Purchasing*, in KHI THAI AND G. PIGA, *Advancing Public Procurement*; Standing Committee of the National People's Congress (NPC) of the People's Republic of China, *Law of the People's Republic of China on the Promotion of the Clean*

della disciplina in tre fasi. La fase embrionale copre il periodo che va dal 1993 al 2003. Del 1993 è la prima normativa in materia di appalti pubblici (*Bidding Law and Government Procurement Law*) ed il programma pilota dell'utilizzo delle gare pubbliche è stato condotto a Shanghai nel 1996 e a Shenzhen nel 1997. Ciò ha portato alla diffusione delle procedura ad evidenza pubblica su scala nazionale e alla implementazione delle stesse. I risultati più importanti che si collocano in questa prima fase di sviluppo si individuano nelle creazione di organizzazioni articolate a livello locale per la diffusione dell'appalto pubblico anche a livello decentrato e la promulgazione del *Government Procurement Law* e del *Clean Production Promotion Law of the People's Republic of China* del 2002. Il concetto di appalto verde emerge già in questa prima fase, rappresentando questi due strumenti giuridici la base di affermazione e di sviluppo del *green procurement*.

La seconda fase, che va dal 2004 al 2007, ha visto la promulgazione di una serie di discipline orientate al raggiungimento di un modello di sviluppo sostenibile. A questo periodo risalgono *Notification on Resource-saving Activities by the State Council Office*, *Opinions of Implementing Government Procurement of Energy-saving Products* and *Decision on Carrying Out Scientist Development Concept by Strengthening Environment Protection* del 2005, ed infine *the Opinions on Implementation of Government Procurement for Environmental Labeling Products* del 2006.

La terza fase, che va dal 2007 ad oggi, è contrassegnata dallo sforzo della Cina di soddisfare gli obiettivi dell'accordo di governo sugli appalti pubblici dell'Organizzazione mondiale del commercio. In questo periodo sono state approvate ulteriori misure legislative tese alla diffusione degli appalti verdi, tra cui *National Environment Protection in 11th Five Year Planning*, *Energy Saving and Expulsion Reducing Scheme* and *Energy Saving Law*, *Circular*

Production; Standing Committee of the National People's Congress (NPC) of the People's Republic of China, *The Government Procurement Law of the People's Republic of China*; Standing Committee of the 11th National People's Congress (NPC) of the People's Republic of China, *Circular Economy Law of the People's Republic of China*; State Council, *The State of Council Opinions on Regarding Speeding Up Cyclical Economy*; SZUPPINGER P, & VIGANÒ C., *Green Public Procurement in Europe 2006 – Conclusions and recommendations*; United Nations Office for Project Services (UNOPS), *2008 Annual Statistical Report on United Nations Procurement: Sustainable Procurement Supplement*; XU, HUANDONG, *Government Procurement Role in Environment Protection and Energy Saving: Functions and Methods*, in *Journal of Environmental Protection*; ZUO, SHAO, *A Brief Discussion of Government Green Procurement*, in *Journal of Commerce Perspective*.

Economy Promotion Law, Public Organs' Energy Saving Regulations and the State Council Office Gave Notice on Forcefully Establishing Government Procurement System for Energy Saving Products and Notification on Public Purchasing List of Adjusting Environmental Labeling Products.

3.1. Le fonti.

La normativa specifica del *green public procurement* cinese si fonda tradizionalmente su tre pilastri.

Il primo è rappresentato dal *Clean Production Promotion Law of the People's Republic of China* che all'art. 16 contiene l'obbligo giuridico rivolto a tutte le amministrazioni, centrali e periferiche, di dare priorità nello svolgimento delle gare pubbliche e nell'aggiudicazione dei contratti a prodotti eco-compatibili, soprattutto in termini di salvaguardia delle risorse idriche ed energetiche. La stessa previsione prevede inoltre la predisposizione di misure volte a diffondere l'informazione e l'educazione allo sviluppo sostenibile, nonché strumenti di controllo da parte dell'opinione pubblica.

Il secondo pilastro si riferisce al *Government Procurement Law* entrato in vigore nel 2003. L'art. 9 della legge impone un vincolo finalistico, essendo l'appalto pubblico orientato all'obiettivo della crescita sostenibile. L'amministrazione pubblica non può acquistare prodotti le cui caratteristiche non soddisfino gli standards ambientali stabiliti dallo *Standing Committee of the National People's Congress (NPC) of the People's Republic of China*. L'art. 22 della medesima legge prevede la sanzione dell'esclusione dalla lista di fornitori per tutti gli operatori economici che violino per tre volte l'obbligo di cui all'art. 9.

Il terzo pilastro si individua nella *Circular Economy Promotion Law of the People's Republic of China* entrata in vigore nel 2009. L'art. 1, comma 8, prevede da parte delle amministrazioni centrali e regionali l'utilizzo di una serie di strumenti (e.g. tassazione agevolata, riduzione degli oneri amministrativi, etc.) per tutti gli operatori economici che adottino modelli di produzione sviluppati nel segno dell'economia circolare.

3.2. Misure specifiche per il *green procurement*.

La c.d. lista degli acquisti verdi rappresenta una modalità importante per l'operatività del procedimento di evidenza pubblica in Cina. La lista si compone di due parti: i prodotti a risparmio energetico da un lato, e le eco-etichettature dall'altro.

I prodotti a risparmio energetico (e.g. condizionatori, stampanti, frigoriferi, rubinetti, etc.) sono stati oggetto di una serie di Linee guida (*Implementation Guidelines for Government Procurement of Energy-saving Products*) in cui è reso chiaro che l'acquisto di detti prodotti rappresenta un passo significativo per ridurre i costi energetici delle pubbliche amministrazioni, per promuovere le imprese che sviluppano nuove tecnologie e per sensibilizzare l'opinione pubblica al valore della salvaguardia delle risorse scarse. Allo stesso tempo il Ministero delle finanze ed il Comitato nazionale per lo sviluppo nazionale hanno predisposto un elenco di prodotti certificati a risparmio energetico cui dare priorità nel sistema delle gare pubbliche. La lista contiene varie categorie merceologiche, aggiornate annualmente, e rappresenta la prima misura del governo cinese per promuovere il risparmio energetico e la protezione dell'ambiente.

Il sistema delle etichettature, istituito nel 1994, è coerente con la pratica di programmi di etichettatura ambientale di altri Paesi, come Giappone e Corea del Sud. La certificazione viene attribuita da ente nazionale con finalità istituzionale esclusiva. Le Linee guida prevedono che le pubbliche amministrazioni nelle procedure di appalto diano preferenza ai prodotti certificati, che soddisfino non soltanto i requisiti di qualità, ma anche quelli di protezione ambientale nella fase di produzione, utilizzo e riciclaggio.

3.3. Problemi applicativi.

La popolazione cinese non presta di regola molta attenzione all'importanza degli appalti verdi. Al di là di questo problema generale che rimanda ad una indagine di tipo sociologico, sono altresì presenti limiti interni inerenti alla struttura stessa del sistema degli appalti.

In primo luogo è da registrare l'assenza di una normativa applicabile in via generale a tutte le pubbliche amministrazioni. Al contrario, singoli Ministeri, Agenzie, livelli decentrati di

governo emettono discipline di tipo singolare spesso di segno differente, generando spesso conflitti.

Inoltre non è presente una definizione chiara di “prodotto verde” supportato da concetti scientifici e questo genera inconvenienti sia per le imprese, che non hanno parametri certi su cui fondare le proprie offerte in sede di gara, sia per le stazioni appaltanti, che hanno un margine di discrezionalità difficilmente verificabile in sede di scelta del contraente e di aggiudicazione del contratto.

Da ultimo si evidenzia l’incidenza negativa della c.d. lista dei prodotti verdi sul principio di concorrenza tra gli operatori economici. La lista copre, infatti, soltanto una limitata quota degli appalti pubblici, corrispondente a circa il 2%; ciò rappresenta un forte limite per l’avanzamento degli appalti verdi e, allo stesso tempo, ingenera facilmente corruzione e distorsione delle regole di mercato, essendo i prodotti selezionati all’interno di una ristretta cerchia e non a mezzo di una libera ed effettiva dinamica competitiva.

In ultima analisi, la scarsità di investimenti e di dirigenti e funzionari amministrativi con conoscenze specifiche degli appalti verdi, l’assenza di sussidi a produttori di beni ecocompatibili e di regolamenti attuativi delle disposizioni di legge, così come di strumenti di *public and private enforcement*, rappresentano ulteriori barriere all’affermazione di procedure di evidenza pubblica in cui sia pienamente integrato l’interesse della protezione ambientale.

4. Francia: le linee di sviluppo dal Codice dei contratti pubblici del 2001 al recepimento delle direttive dell'Unione europea del 2014.

Il percorso che ha condotto l'ordinamento francese²⁶³ ad integrare i profili ambientali all'interno delle procedure di evidenza pubblica è stato lungo e contraddistinto da numerose dispute tra le autorità nazionali e le istituzioni (allora) comunitarie.

Questi passaggi fanno parte di un quadro normativo che ha permesso lo sviluppo di strumenti dedicati alla promozione dello sviluppo sostenibile all'interno degli acquisti pubblici. Da un punto di vista tecnico, la rilevanza della sostenibilità del contratto di appalto pubblico rileva in tutte le fasi del procedimento: l'avvio della procedura, l'esame delle offerte, l'esecuzione del contratto.

L'impegno della Francia in direzione della diffusione degli acquisti verdi trova le sue origini nell'Agenda 21 adottata dalle Nazioni Unite in occasione della Conferenza di Rio del 1992. Gli obiettivi di questo programma hanno trovato una prima introduzione nella legge n. 95 del 1995 per la gestione e la pianificazione dello sviluppo.

A metà degli anni Novanta alcuni governi locali si sono impegnati nel recepimento di moduli di *green procurement* con la firma della Carta di Aalborg del 1994. Da parte sua, il governo centrale nel 1996 ha adottato una politica definita "*greening the administration*".

E' in questo contesto che nel 2001 è stato redatto il Codice dei contratti pubblici, contenente varie previsioni in ordine alla possibilità di prendere in considerazione profili ambientali sia nella fase di definizione dell'oggetto, che nella fase esecutiva. Ma lo sviluppo sostenibile poteva non essere preso in considerazione nella fase di aggiudicazione, tanto che l'art. 53-II del Codice in punto di criteri di aggiudicazione non conteneva alcun riferimento specifico a requisiti ambientali.

Nel silenzio della previsione, ci si interrogava sulla possibilità di includere, ciò nonostante, clausole in ordine alla difesa dell'ambiente nel segmento dell'aggiudicazione del contratto. La giurisprudenza dei tribunali amministrativi si è dimostrata sul punto molto restrittiva. Infatti, si riteneva che la rilevanza di criteri aggiuntivi, oltre a quelli espressamente contenuti nell'art. 53-

²⁶³ Per un'ampia analisi della legislazione francese in materia di appalti pubblici e sul tema specifico dei c.d. appalti verdi cfr. L. VIDAL, *Public contracts and sustainable development in France*, in R. CARANTA - M. TRYBUS, *The law of green and social procurement*.

II, fosse necessariamente connessa all'oggetto del contratto. Tuttavia, solo criteri volti ad ottenere il maggior valore monetario, erano considerati giustificati dall'oggetto del contratto. Una tale interpretazione ha seriamente ridotto, in questa fase, la possibilità di prendere in considerazione tali criteri.

Diversamente, con riferimento alle condizioni di esecuzione del contratto il Codice del 2001 prevedeva all'art. 14 prevedeva la possibilità dell'inclusione di misure per la promozione dell'occupazione di persone in particolare difficoltà e per la protezione dell'ambiente. In sintesi, secondo la legge nazionale del 2001 i requisiti ambientali e sociali potevano rilevare unicamente nella fase di adempimento del contratto. Oltre alla naturale difficoltà di distinguere criteri di aggiudicazione e condizioni di prestazione, sembrava paradossale nei commenti dell'epoca consentire l'introduzione di criteri ambientali nella fase di esecuzione del contratto ed escluderli, invece, nella fase di selezione delle offerte.

Tale impostazione venne poi smentita in due importanti pronunce della Corte di giustizia (caso *Concordia Bus* e caso *EVN*), in cui si è stigmatizzato il principio secondo cui non è necessario che i criteri ambientali rilevino nella fase di aggiudicazione soltanto nelle ipotesi in cui forniscano un vantaggio economico per la pubblica amministrazione aggiudicatrice.

La strategia nazionale per lo sviluppo sostenibile (*NSSD*) adottata nel 2003 ha portato avanti in Francia il percorso verso lo sviluppo di appalti ecologicamente responsabili.

Il Codice degli appalti è stato così oggetto nel 2004 di una seconda importante modifica che ha recepito gli orientamenti della giurisprudenza della Corte di giustizia con l'inserimento dell'interesse ambientale anche tra i criteri di aggiudicazione. Inoltre, nel marzo del 2005, la Carta dell'ambiente è stata recepita all'interno della Costituzione francese, il cui art. 6 dispone che le politiche pubbliche devono prendere in considerazione lo sviluppo sostenibile.

Al 2006 risale una ulteriore implementazione del Codice dei contratti pubblici, la cui novità di maggior rilievo attiene alla limitazione della discrezionalità dell'amministrazione attraverso una chiara e puntuale definizione dei criteri ambientali rilevanti nella procedura di gara, evitando così il rischio di incidere in senso negativo sulla concorrenza.

Nel 2010 la *legge sull'impegno nazionale per l'ambiente*, ancorchè non specificamente dedicata alla disciplina degli appalti pubblici, fissa sei importanti obiettivi il cui raggiungimento importa indirettamente anche il richiamo dell'evidenza pubblica: lotta contro il

riscaldamento globale, conservazione della biodiversità, sviluppo dell'agricoltura sostenibile, bio-sicurezza, protezione della salute, implementazione di una gestione sostenibile dei rifiuti, l'istituzione di una *governance* per il cambiamento ecologico.

Nell'ambito del Piano nazionale per gli appalti pubblici sostenibili (*NAPSPP*), gli strumenti per promuovere lo sviluppo sostenibile attraverso gli appalti verdi sono distinti in quattro categorie: strumenti istituzionali, attività di documentazione, strumenti tecnici e strumenti di comunicazione.

Tra gli strumenti istituzionali si collocano l'Osservatorio economico sugli appalti pubblici che ha il compito di monitorare l'attuazione da parte delle singole amministrazioni del piano per i propri acquisti e l'adempimento della quota annuale relativa ai contratti di appalto sostenibili assegnata annualmente alle stazioni appaltanti francesi.

I Gruppi di studio sui contratti (*SGC*) previsti dall'art. 132 del Codice del 2006 rappresentano, invece, un foro permanente di consultazione, che coinvolge gli acquirenti pubblici e gli *stakeholders* per l'esame di tutti gli aspetti tecnici degli appalti pubblici.

Il Servizio pubblico degli appalti pubblici (*SPPS*) ha la funzione della riduzione dei costi di approvvigionamento, della promozione di acquisti eco-responsabili e socio-responsabili, della facilitazione dell'accesso delle PMI alle procedure pubbliche, ma soprattutto quella della professionalizzazione delle competenze dei funzionari pubblici addetti alle procedure di gara.

La Commissione consultiva in materia di appalti pubblici svolge un ruolo a vantaggio delle amministrazioni dello Stato e degli Enti locali assistendo i soggetti pubblici contraenti in tutte le fasi della procedura di aggiudicazione.

Oltre a questi strumenti istituzionali, in Francia una particolare attenzione è stata posta alla redazione di documenti a disposizione delle parti interessate contenenti linee guida e buone pratiche in materia di *green procurement*.

Tra gli strumenti tecnici per gli acquisti sostenibili delle amministrazioni pubbliche si comprendono tutte quelle misure a carattere tecnico volte a meglio specificare le caratteristiche di progettazione e di produzione di beni o servizi eco-compatibili.

Infine, per la promozione degli appalti verdi le amministrazioni centrali e periferiche supportano la loro azione attraverso numerosi strumenti di diffusione, come fiere e vari tipi di *networks* pubblici.

Il recepimento delle direttive del 2014 dell'Unione Europea ha segnato anche in Francia un'ulteriore affermazione dell'integrazione dell'interesse ambientale nella procedura di evidenza pubblica.

Tale rilevanza emerge distintamente in tutte le fasi della procedura. Già nella fase iniziale della determina a contrarre l'art. 5 prevede che la natura e la portata dei bisogni da soddisfare sono determinati tenendo in considerazione gli obiettivi dello sviluppo sostenibile. L'amministrazione aggiudicatrice ha così l'obbligo di esplicitare tale obiettivo già al momento della definizione delle sue esigenze.

Per quanto riguarda l'esame dei soggetti, l'art. 45 offre alle amministrazioni la possibilità di richiedere la produzione di certificati di qualità in materia ambientale.

Nella fase di valutazione delle offerte viene ribadito il principio secondo cui il criterio ambientale, che è necessariamente connesso all'oggetto del contratto, deve essere valutato in modo obiettivo e trasparente. I criteri ecologici, infatti, devono essere quantificabili e riducibili a valori numerici che si prestino all'obiettivo confronto. Tali condizioni sono state ribadite in più occasioni dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, secondo cui la definizione di criteri di aggiudicazione orientati alla sostenibilità non devono comportare il conferimento in capo all'amministrazione aggiudicatrice di un potere di scelta illimitata.

Nella fase di esecuzione del contratto, l'art. 14 conferma invece principi già acquisiti dalla legislazione precedente.

In conclusione, si può sottolineare come l'ordinamento francese abbia compiuto negli ultimi quindici anni importanti sviluppi verso l'inclusione degli interessi ambientali nel sistema degli appalti, soprattutto a seguito della costituzionalizzazione nell'art. 6 del principio della necessaria conciliazione tra sviluppo sostenibile e politiche pubbliche.

5. Germania: la “tricotomia” della disciplina degli appalti pubblici.

Il procedimento di aggiudicazione in Germania²⁶⁴ è informato dal principio di concorrenza sancito nel §§ 97 I, II della legge tedesca sulla concorrenza (*GWB*).

Nonostante il criterio economico abbia da sempre rappresentato il criterio direttivo della procedura ad evidenza pubblica, nel tempo si è assistito ad una integrazione di criteri additivi che in forme più o meno intensa hanno assegnato un peso specifico ad elementi ulteriori di valutazione nella aggiudicazione del contratto di appalto. Infatti, criteri di matrice ambientale, così come criteri sociali hanno finito per assumere rilevanza in tutte le fasi della procedura.

La struttura del sistema tedesco sugli appalti pubblici si fonda su una base legale di tipo tricotomico: legge di bilancio (BHO e LHO: regolamenti federali e statali di bilancio) e legge sulla concorrenza (*GWB*) su un primo livello; il decreto sugli appalti *Vergabeverordnung* (*VgV*) e il regolamento sui servizi pubblici *Sektorenverordnung* (*SektVO*) su un secondo livello; i tre regolamenti sugli appalti *VOL / A 2009* per servizi e forniture, *VOF* per il subappalto e *VOB/A 2009* per i lavori pubblici.

I c.d. criteri secondari (ambientali e sociali) continuano a porre nella legislazione tedesca problemi di ordine sistematico, nonostante il legislatore nazionale tedesco abbia di recente intrapreso ulteriori passi nella direzione dell’integrazione di ulteriori interessi pubblici nelle procedure di gara, con l’introduzione del §97 nella legge sulla concorrenza e con l’attuazione del §97 IV, 2 del medesimo strumento legislativo.

Così, anche nell’ordinamento tedesco, le pubbliche amministrazioni per soddisfare esigenze amministrative acquistano dall’esterno beni e servizi, che non sono in grado di produrre in via autonoma, ma nel procedimento pubblicistico che porta alla stipula del contratto trovano

²⁶⁴ Cfr. ALBERT BLECKMANN, STEFAN PIEPER, Volker Epping (eds), *Öffentliche Auftragsvergabe und Umweltschutz* (Carl Heymanns Verlag, Köln 2003); MARTIN BURGI, ‘*Small and Medium-sized Enterprises and Procurement Law – European Legal Framework and German Experiences*’ (2007) PPLR 288; MARTIN BURGI, ‘*Vergabefremde Kriterien*’ in Eberhard Grabitz, Meinhard Hilf (eds), *Das Recht der Europäischen Union*; FRIEDERIKE MECHEL, *Die Förderung des Umweltschutzes bei der Vergabe öffentlicher Aufträge* (Nomos, Baden-Baden 2006); JOCHEN MOHR, ‘*Soziales Vergaberecht?*’ (2009) *VergabeR*; OLAF OTTING, ‘*Grünes Vergaberecht – Die Beschaffung energieeffizienter Produkte und Dienstleistungen nach der Vergaberechtsreform*’ (2009); JAKOB STEIFF, ‘*Vergabefremde Aspekte – eine Zwischenbilanz*’ (2009; Deutscher Städtetag, ‘*Die Berücksichtigung sozialer Belange im Vergaberecht*’, 2009 (www.staedtetag.de/imperia/md/content/schwerpunkte/fachinfos/2009/22.pdf); ZSOFIA VARGA, ‘*Berücksichtigung sozialpolitischer Anforderungen nach dem neuen §97 IV Satz 2 GWB – europarechtskonform?*’ (2009); JAN ZIEKOW, *Die Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge*, (Studien zum öffentlichen Wirtschaftsrecht, CARL HEYMANNS VERLAG, Köln 2007).

ingresso ulteriori interessi pubblici. Il problema che si pone rispetto alla rilevanza che assumono i c.d. criteri secondari è che, mentre rispetto alle considerazioni primarie di tipo eminentemente economico l'amministrazione si trova nel ruolo di "consumatore", nell'addizione di interessi aggiuntivi la stazione appaltante agisce come "regolatore", cercando di offrire una risposta a problemi di rilevanza pubblica, come quelli rappresentati dalla protezione dell'ecosistema, dal miglioramento delle condizioni sociali dei lavoratori e dalla promozione di un commercio equo e solidale.

La ragione giustificativa dell'avanzamento di ulteriori interessi pubblici nell'impianto del tradizionale degli appalti pubblici è stata individuata da più parti in Germania nella inevitabile conseguenza derivante dalle trasformazioni che hanno interessato negli ultimi anni, con caratteri simili in tutta l'Europa continentale, la struttura e le funzioni dell'amministrazione.

I processi di liberalizzazione e di privatizzazione con la inevitabile perdita di strumenti di controllo per quanto riguarda la prestazione di servizi hanno imposto, secondo una determinata chiave di lettura, la necessità di perseguire obiettivi politici aggiuntivi così da poter controllare l'azione di imprese private coinvolte in compiti amministrativi. Quindi, l'arretramento dello Stato, che fa seguito alla continua ricerca di moduli alternativi di *governance* pubblica, imporrebbe l'utilizzo anche degli appalti pubblici per il perseguimento di fini pubblici ulteriori e non convenzionali rispetto alla loro vocazione originaria.

Finalità che di regola non sarebbero mai state integrate nel fine sociale di moduli societari, statutariamente orientate al fine di lucro, assumono la finalità di ri-orientare la loro azione sempre all'interno di un circuito pro-concorrenziale. I soggetti privati interessati all'aggiudicazione del contratto sono incentivati a competere e presentare la migliore offerta che soddisfi maggiormente (sotto il profilo economico, ambientale e sociale) la domanda della stazione appaltante; dall'altro lato il soggetto pubblico agisce allo stesso tempo come "consumatore" e come "regolatore", perseguendo interessi pubblici di fondamentale importanza attraverso la scelta del miglior contraente ed il suo controllo, quest'ultimo assicurato dalla verifica del soddisfacimento dei c.d. criteri secondari.

Il rischio paventato a fronte di questo cambiamento di paradigma è da molti individuato nella possibilità di servire un protezionismo mascherato ed il rigurgito di condotte discriminatorie

con effetti restrittivi della concorrenza tra operatori economici nello spazio economico-giuridico dell'Unione europea.

Si impone, dunque, il nodo cruciale dell'individuazione del punto di equilibrio tra i vari interessi in gioco così che la scelta del contraente finale risulti conforme al principio costituzionale della parità di trattamento ex art. 3, I della Legge fondamentale tedesca (*GG*).

D'altronde il Tribunale costituzionale federale²⁶⁵ ha già statuito che, almeno in astratto, non vi è un necessario contrasto tra i principi ex artt. 3 I, 12 I e 9 III e considerazioni ambientali o sociali negli appalti pubblici, come confermato da caso *Concordia Bus c. Finlandia* e dall'art. 11 TFUE.

Già a seguito del recepimento dell'art. 23, paragrafo 3, lettera b) della direttiva 2004/18/CE l'ordinamento tedesco prevede la possibilità di considerare profili ecologici nelle specifiche tecniche (§§ 7 XI, 8 II VOL / A-EG e §7 III).

§ 8 IV, VI VOL / A-EG e § 16 II n. VOB / A (2009) contengono regole dettagliate sulla capacità dell'offerente da dimostrare attraverso il possesso di certificazioni con funzione di prova della conformità dei prodotti a specifici *standards* ambientali.

Inoltre, §19 IX VOL / A-EG e §16 VI n. 3 VOB / A contengono norme generali in materia di rispetto dell'ambiente anche relativamente alla disciplina dei criteri di aggiudicazione.

A seguito dell'implementazione della disciplina nazionale sugli appalti pubblici successiva alle direttive Ue del 2014, restano fermi i principi elaborati in via interpretativa dalla Corte di giustizia. Il criterio ambientale deve essere necessariamente collegato²⁶⁶ all'oggetto del contratto nel pieno rispetto di tutti i principi fondamentali del diritto euro-unitario a mezzo della definizione delle specifiche tecniche; deve rilevare nella selezione dei candidati; impone, altresì, nella fase di aggiudicazione del contratto di appalto l'adozione di un criterio selettivo non univocamente orientato al profilo economico-finanziario del contratto stesso, ma inclusivo di profili ambientali e sociali, obbligo che deriva dal combinato che si può trarre dal § 21 I 1 VOL / A-EG e dal § 3a VI VOB / A (2009), che disciplinano un criterio dell'offerta

²⁶⁵ RAINER NOCH, *Vergaberecht kompakt* (4th edn, Werner Verlag, Köln 2008) 656, 657; BVerfG, Ruling of 11th July 2006, (2007) *VergabeR* 42.

²⁶⁶ Un legame con l'oggetto del contratto è dato ogni volta che il criterio costituisce parte integrante del prodotto o servizio stesso.

economicamente più vantaggiosa in cui rilevano ulteriori profili tra cui quello del c.d. costo del ciclo di vita.

6. Regno Unito: la tradizione degli appalti sostenibili. Dalla tutela “forte” alla tutela “debole”.

L'ampio utilizzo degli appalti pubblici nel Regno Unito²⁶⁷ come strumento per promuovere i c.d. obiettivi secondari²⁶⁸ o orizzontali non ha termini di paragone tra i Paesi dell'Unione europea.

Già a far data dal XIX secolo, infatti, gli appalti pubblici rappresentavano uno degli strumenti principali per assicurare tutele sociali ai lavoratori parti di contratti di lavoro con pubbliche amministrazioni. Negli anni Settanta gli appalti pubblici servivano anche la funzione di ridurre discriminazioni fondate sul sesso e sulla razza. Gli anni Ottanta sono rappresentati come uno

²⁶⁷ Per la ricostruzione dell'evoluzione della disciplina degli appalti pubblici nel Regno Unito Cfr. SUE ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement* (Sweet & Maxwell: London, 2nd ed., 2005); SUE ARROWSMITH, 'Implementation of the New EC Procurement Directives and the Alcatel Ruling in England and Wales and Northern Ireland: a Review of the New Legislation and Guidance' (2006), *Public Procurement Law Review*; SUE ARROWSMITH AND PETER KUNZLIK (eds.), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directive and New Directions* (Cambridge University Press, 2009); SUE ARROWSMITH, 'Application of EC Treaty and Directives to horizontal policies: a critical review', in ARROWSMITH AND KUNZLIK, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directive and New Directions* (Cambridge University Press, 2009); BRIAN BERCUSSON, *The Fair Wages Resolutions* (Mansell, 1978); CHRISTINE BOCH, 'The Implementation of the Public Procurement Directives in the United Kingdom: Devolution or Divergence?' (2007) *Public Procurement Law Review*; JOHN CARR, *New roads to Equality: Contract Compliance in the United Kingdom* (Fabian Society No.517, 1997); PAUL P. CRAIG AND MARTIN TRYBUS, 'Public Contracts: England and Wales', in R. NOGUELLOU AND U. STELKENS (eds.) *Traité de droit comparé des contrats publics/Comparative Law on Public Contracts Treatise* (Bruylant: Brussels, 2010); TERENCE DAINTITH, 'Legal Analysis and Economic Policy' (1982) *Journal of Law and Society*; TERENCE DAINTITH, 'Regulation by Contract: the New Prerogative' [1979]; Sir OTTO KAHN-FREUND, 'Legislation through Adjudication: the Legal Aspects of the Fair Wages Clauses and Recognised Conditions' (1948) 11 *Modern Law Review*; PETER KUNZLIK, 'Environmental Issues in International Procurement' in ARROWSMITH AND DAVIES, *Public Procurement: Global Revolution* (Kluwer Law International: London, 1998); CHRISTOPHER MCCRUDDEN, 'Social Policy Issues in Public Procurement: A Legal Overview' in ARROWSMITH AND DAVIES, *Public Procurement: Global Revolution* (Kluwer Law International: London, 1998); CHRISTOPHER MCCRUDDEN, *Buying Social Justice: Equality, Government Procurement and Legal Change* (Oxford University Press, 2007); MARTIN TRYBUS, 'Public contracts in European Union internal market law', in R. NOGUELLOU AND U. STELKENS (eds.) *Traité de droit comparé des contrats publics/Comparative Law on Public Contracts Treatise* (Bruylant: Brussels, 2010); ROLF. H. WEBER, 'Development promotion as a secondary policy in public procurement' (2009) 4 *Public Procurement Law Review*; R. WILLIAMS AND R. SMELLIE, 'Public Purchasing: An Administrative Cinderella' (1985); SUE ARROWSMITH, JOHN LINARELLI, DON WALLACE JR., *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives* (Kluwer Law International: London, 2000); *Commission Interpretative Communication on the Community law applicable to contracts not or not fully subject to the provisions of the Public Procurement Directives*.

²⁶⁸ ARROWSMITH AND KUNZLIK (eds.), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directive and New Directions* (CUP, 2009), at 12. This chapter will use the more traditional term 'secondary' rather than the term 'horizontal': "The term 'secondary objectives' separates certain industrial, social, and environmental policies pursued through public procurement from its 'primary objective', which is to provide the government with the goods, works, and services it needs to operate. Related to this primary objective is the consideration to achieve value for money in government purchasing: to acquire goods, works, and services at the best possible terms. The use of the terms 'primary' and 'secondary' does not imply a ranking of importance. All government policies are on an equal footing. Thus the terms 'functional' instead of 'primary' and 'horizontal' instead of 'secondary' have been suggested as more neutral expressions".

spartiacque in ragione di un profondo cambiamento strutturale intervenuto in questo contesto, almeno per due fattori. I governi conservatori che si sono avvicendati dal 1979 al 1997 hanno infatti favorito un approccio che faceva riferimento unicamente al criterio del c.d. prezzo più basso (*best value for money o BVM*), rifiutando di utilizzare il *procurement* come mezzo di promozione di ulteriori politiche pubbliche, tanto in campo ambientale quanto in quello sociale. In secondo luogo, le direttive degli anni Novanta e la giurisprudenza della Corte di giustizia hanno sempre fornito argomenti idonei ad escludere l'integrazione di interessi ulteriori rispetto a quello totalizzante della tutela concorrenziale dei mercati.

Per il periodo precedente agli anni Ottanta, le considerazioni c.d. secondarie nella disciplina degli appalti pubblici possono essere suddivise in sei grandi insiemi: regole relative ai salari equi, preferenze per i soggetti affetti da forme depressive, gli accordi salariali degli anni Settanta, misure in ordine alla *compliance* e alla *performance*, norme relative ad ex militari e detenuti, nonché norme di tutela di soggetti disabili²⁶⁹.

Con riferimento specifico alla protezione dell'ambiente, il documento del 2009 *Environmental sustainability* informa i dipartimenti centrali dell'amministrazione della politica del governo in materia ambientale promossa con lo strumento degli appalti pubblici. Cinque priorità sono definite come obbligatorie: contributi alle operazioni sostenibili, acquisto di prodotti che rispettino almeno le norme ambientali obbligatorie, acquisto di legname nel rispetto del *Forest law enforcement*, acquisto di auto a basse emissioni, considerazione dell'efficienza energetica dei prodotti secondo i parametri dell'*Energy service directive*.

Nel Regno Unito, in modo simile rispetto agli altri Paesi membri dell'Unione europea, il profilo della protezione ambientale emerge in più fasi del procedimento di evidenza pubblica.

²⁶⁹ ARROWSMITH, at 1227. There is a multitude of publications on this issue, see: See: <http://www.defra.gov.uk/sustainable/government/publications/index.htm>: Sustainable Development Indicators in Your Pocket, 2009 edition of the annual publication that measures the UK progress on sustainable development: <http://www.defra.gov.uk/sustainable/government/progress/data-resources/sdiyp.htm>; Securing the Future: the UK sustainable development strategy (2005): <http://www.defra.gov.uk/sustainable/government/publications/uk-strategy/index.htm>; One Future Different Paths – The UK's shared framework for sustainable development (2005): <http://www.defra.gov.uk/sustainable/government/publications/uk-strategy/framework-for-sd.htm>. The Devolved Administrations are producing their own strategies: 'Choosing our future: Scotland's Sustainable Development Strategy' was published in December 2005: <http://www.scotland.gov.uk/Topics/Environment/SustainableDevelopment> (all accessed in April 2010). The Welsh National Assembly has a legal duty to develop a Scheme setting out how they will promote sustainable development in exercising all their functions. Their first two Schemes were launched in November 2000 and March 2004. Their programme for putting the new Scheme into effect is set out in their 'Sustainable Development Action Plan', published in October 2004. Northern Ireland's first sustainable development strategy, 'First Steps towards sustainability', was published on 9 May 2006 (all web sites accessed in May 2010).

La fase principale è rappresentata dalla definizione delle specifiche tecniche, come emerge dai limiti posti dai Regolamenti attuativi: *Regulation 9 UKPCR*, *Regulation 12 UKUCR*, *Regulation 9 SPCR*, *Regulation 12 SUCR*. In tali regolamenti le specifiche tecniche sono definite come quei documenti che stabiliscono le caratteristiche richieste di materiali, beni o servizi, ed i livelli di prestazione ambientale. I documenti governativi *Buy Green* e *Make the difference*, sorta di linee guida, spiegano come le considerazioni ambientali dovrebbero essere incluse nelle specifiche tecniche laddove rilevanti per l'oggetto del contratto e laddove si riferiscano alle caratteristiche del bene o servizio. Ciò include i requisiti fondamentali relativi alla composizione del prodotto e al processo produttivo dello stesso. Esempi positivi sono rappresentati da alimenti biologici, legname proveniente da foreste gestite in modo sostenibile ed elettricità proveniente da fonti rinnovabili.

Maggiori dettagli sono forniti dai Regolamenti 9 (7) UKPCR e SPCR, che contengono la prescrizione secondo cui le stazioni appaltanti possono richiedere specifiche tecniche in termini di prestazioni o requisiti funzionali, che possono includere caratteristiche ambientali, alla condizione che i requisiti siano sufficientemente precisi da consentire ad un operatore economico di determinare l'oggetto del contratto e all'amministrazione aggiudicatrice di aggiudicare l'appalto. Si sottolinea, al contempo, come gli stessi debbano essere trasparenti e non discriminatori, in modo tale da non introdurre barriere al libero svolgimento della concorrenza. Le specifiche obbligatorie, corrispondenti *mutatis mutandis* ai criteri ambientali minimi (c.a.m.) della legislazione italiana, hanno la funzione di garantire che i prodotti vengano selezionati con le prestazioni minime di efficienza energetica necessarie per ridurre i consumi energetici a livelli sostenibili, nonché a ridurre lo spreco di acqua e la produzione di rifiuti.

Ciò evidenzia la centralità del ruolo delle specifiche tecniche per la promozione degli obiettivi ambientali nel sistema degli appalti pubblici del Regno Unito.

I Regolamenti del Regno Unito non consentono, almeno espressamente, di dar rilievo a considerazioni ambientali da utilizzare come criterio di qualificazione, però alcune previsioni (*Regulation 23 (4) (d) UKPCR* e *(4) (f) UKPCR* e *SPCR*) consentono alle stazioni appaltanti di escludere operatori economici cui siano riferibili violazioni della legge ambientale.

Rispetto alla fase di aggiudicazione, anche in questo ordinamento il criterio di aggiudicazione dell'offerta più vantaggiosa si presta a prendere in considerazione, nei limiti richiamati, considerazioni di ordine ambientale.

La protezione ambientale trova infine rilevanza nella fase di esecuzione del contratto. Sul punto, i Regolamenti 39 UKPCR e SPCR consentono alle amministrazioni aggiudicatrici di stipulare il contratto con considerazioni di ordine ambientale, ma non sono previste sanzioni in caso di inadempimento delle c.d. clausole ambientali. La possibilità astratta di includere nella fase di adempimento aspetti di protezione ambientale spesso non trova un riscontro effettivo nella prassi. Entrambi i documenti *Buy green* e *Make the difference* mostrano una posizione piuttosto negativa verso l'inclusione dell'ambiente. In primo luogo sottolineano la necessità della rilevanza per l'esecuzione del contratto e per il conseguimento del rapporto qualità-prezzo; inoltre le condizioni di esecuzione non devono rappresentare un mascheramento di specifiche tecniche o di criteri di qualificazione o di selezione, che richiedono la necessaria trasparenza e pubblicità a monte della procedura e la rispondenza ai principi fondamentali del TUE. Inoltre, i richiamati documenti governativi esprimono dubbi sull'utilizzo di clausole ambientali in ragione della loro intrinseca potenzialità ad innalzare il peso economico del contratto a danno delle amministrazioni pubbliche e a "distrarre" il soggetto aggiudicatario del contratto dall'esecuzione della prestazione principale oggetto dello stesso. Secondo questa prospettiva, si pone il rischio di disincentivare i medi e piccolo operatori economici dal partecipare alle gare con il conseguente effetto di ridurre la concorrenza.

7. Russia: brevi note storiche.

Nella legislazione russa²⁷⁰ sembra opportuno effettuare una periodizzazione per meglio comprendere le dinamiche evolutive della disciplina degli appalti pubblici.

Al primo periodo, che si può individuare negli anni che vanno dal 1992 al 1997, si riconducono i primi atti normativi che costituiscono la base legale del sistema di approvvigionamento delle pubbliche amministrazioni: 826-UP e 53-FZ che delineano un primo sistema di acquisti pubblici a carattere non obbligatorio.

Nel secondo periodo, che va dal 1997 al 2006, risalgono le disposizioni contenute negli atti normativi federali 305-UP e 97-FZ che hanno segnato il carattere della obbligatorietà sia a livello federale quanto a livello regionale e municipale, nonostante le carenze di un effettivo sistema di monitoraggio abbiano finito per svuotare la portata innovativa della nuova regolamentazione.

Il terzo periodo, che va dal 2006 al 2014, si inaugura con la legge federale 94-FZ che introduce un sistema di asta elettronica, l'introduzione del concetto di prezzo massimo del contratto ed il divieto della procedura c.d. "chiusa" ad eccezione di un elenco di ipotesi tassative che si riferivano principalmente a contratti aventi ad oggetto forniture di armamenti coperte dal segreto di stato.

²⁷⁰ Бастрыкин С. В., Романцова Е. В. Источники информации для обоснования начальной (максимальной) цены контракта в рамках реализации законодательства РФ о размещении заказов // ГОСЗАКАЗ: управление, размещение, обеспечение. М., 2012. Вып. 29. С. 57; Иванов А. Е. Современный этап развития системы государственных закупок Российской Федерации: «эффективность» аукциона и коррупционность конкурса // ГОСЗАКАЗ: управление, размещение, обеспечение. М., 2011. Вып. 24. С. 61-62; О размещении заказов на поставку товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд: федер. закон № 94 от 21 июля 2005 г. // Российская газета. 2005. 28 июля; Об организации проведения встречи глав государств и правительств стран – участников форума «Азиатско-тихоокеанское экономическое сотрудничество» в 2012 году, о развитии города Владивостока как центра международного сотрудничества в Азиатско-Тихоокеанском регионе и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации: федер. закон № 93 от 08 мая 2009 г. // Российская газета. 2009. 15 мая; О государственных (муниципальных) закупках: Соглашение между Республикой Беларусь, Республикой Казахстан и Российской Федерацией от 09 декабря 2010 г. // Собрание законодательства Российской Федерации. 2012. 30 янв; О долгосрочной государственной экономической политике: Указ Президента Российской Федерации № 596 от 7 мая 2012 г. // Российская газета. 2012. 9 мая; Об утверждении Порядка общественного обсуждения закупок товаров (работ, услуг) для государственных нужд на сумму свыше 1 млрд. руб.: Приказ Федерального агентства по техническому регулированию и метрологии № 1051 от 21 нояб. 2012 г. // Вестник Федерального агентства по техническому регулированию и метрологии. 2012. № 12; О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд: федер. закон № 44 от 05 апреля 2013 г. // Российская газета. 2013. 12 апр.

Il quarto periodo si riferisce alla legge federale 44-FZ del 2014, nata dall'esigenza di una rifondazione strutturale del sistema degli appalti pubblici. La nuova disciplina è infatti strutturata secondo una serie di principi: uniformità delle procedure a livello locale e centrale, trasparenza, professionalità delle stazioni appaltanti, competitività, promozione dell'innovazione ed efficienza del sistema degli appalti.

Inizialmente la nuova legge federale ha avuto una applicazione non generalizzata in quanto una parte dei soggetti pubblici, in contrapposizione alle autorità pubbliche, godevano di un regime giuridico differenziato secondo le previsioni della legge federale 223-FZ che prevedeva un sistema di approvvigionamento di tipo più liberale e trovava applicazione alle società di stato, ai monopoli naturali e alle società partecipate da soggetti pubblici.

Dal gennaio 2017, però, almeno per le società pubbliche in cui il socio pubblico detiene la partecipazione di maggioranza ha iniziato a trovare applicazione il sistema più stringente disciplinato dalla legge federale 44-FZ sul presupposto dell'assimilazione di tali soggetti a vere e proprie pubbliche amministrazioni.

Tra le novità più rilevanti che hanno segnato la parabola evolutiva della disciplina della Federazione russa in materia di appalti pubblici meritano di essere segnalati i criteri di aggiudicazione previsti dalla legge 44-FZ. Il legislatore russo, per la prima volta, introduce i c.d. "*non-value criteria*", che comprendono caratteristiche qualitative, funzionali ed ambientali, in aggiunta ai c.d. "*value criteria*", cioè a quei parametri che si fondano esclusivamente sul prezzo ed il costo dell'operazione.

Nel nuovo quadro normativo sono altresì specificati i rapporti tra i riferiti criteri di valutazione. Negli appalti di beni il criterio relativo al prezzo o al costo deve incidere in una misura non inferiore al 70%, mentre la misura massima riservata al criterio che prende in considerazione altri aspetti è fissata al 30%; negli appalti di lavori e servizi, invece, il rapporto è di 40:60.

La regola generale contempla ipotesi tassative di eccezioni nel caso di appalti relativi al restauro di beni culturali, al settore medico-ospedaliero, al servizio scolastico e al settore della ricerca scientifica in cui il criterio che comprende anche i profili della tutela dell'ambiente può incidere dal 60% all'80%.

Lo sviluppo del riferito quadro normativo dimostra come anche nella Federazione Russa la considerazione e l'integrazione del valore ambientale all'interno dei sistemi di

approvvigionamento pubblici, statali e locali, abbiano assunto negli ultimi anni una progressiva importanza e come la legge federale 44-FZ abbia introdotto la prima base legale per lo sviluppo degli acquisti verdi da parte delle pubbliche amministrazioni.

Conclusioni

Nel dibattito internazionale il tema degli appalti pubblici ha progressivamente acquistato un ruolo centrale nella regolazione pubblica in generale e nel governo per contratto in particolare, rimettendo in discussione il paradigma classico del modello contrattuale pubblico.

A livello nazionale, se le ragioni della necessità di un regime speciale, già presenti nella legge di contabilità pubblica del 1923, si individuavano principalmente nell'obiettivo di evitare perdite di denaro pubblico e conflitti di interesse, quest'ultime oggi si dimostrano non più sufficienti.

I processi di liberalizzazione e di privatizzazione con la inevitabile perdita di strumenti di controllo per quanto riguarda la prestazione di servizi hanno imposto la necessità di perseguire obiettivi politici aggiuntivi, così da poter controllare l'azione di imprese private coinvolte in compiti amministrativi.

Le trasformazioni hanno interessato negli ultimi anni, con caratteri simili in tutta l'Europa continentale, la struttura e le funzioni dell'amministrazione. L'arretramento dello Stato, che fa seguito alla continua ricerca di moduli alternativi di *governance* pubblica, imporrebbe l'utilizzo anche degli appalti per il perseguimento di fini pubblici ulteriori e non convenzionali rispetto alla loro vocazione originaria.

Il problema che si pone rispetto alla rilevanza che assumono i c.d. criteri secondari è che, mentre rispetto alle considerazioni primarie di tipo eminentemente economico l'amministrazione si trova nel ruolo di "consumatore", nell'addizione di interessi aggiuntivi la stazione appaltante agisce come "regolatore". Il rischio paventato a fronte di questo cambiamento di paradigma è da molti individuato nella possibilità di servire un protezionismo mascherato ed il rigurgito di condotte discriminatorie con effetti restrittivi della concorrenza tra operatori economici nello spazio economico-giuridico dell'Unione europea.

L'analisi che si è condotta nel presente lavoro ha permesso di comprendere che non si tratta di un esito inevitabile. L'attuazione dei principi euro-unitari, prima comunitari, con particolare riferimento a quello di integrazione, consente di orientare le scelte delle pubbliche amministrazioni verso prodotti a basso impatto ambientale, senza necessariamente recare pregiudizio alle ragioni della concorrenza e della trasparenza dei mercati. Occorrerà prestare

particolare attenzione alle singole situazioni e all'interno di queste individuare il giusto punto di equilibrio tra ragioni concorrenziali e ragioni di sostenibilità.

In tale contesto, il ruolo del principio dello sviluppo sostenibile pare essere sempre più importante, nella sua dimensione di criterio ispiratore e finalità da perseguire nell'iter di attuazione del principio di integrazione già richiamato. Le condizioni di sua soddisfazione, si ricorda, impongono che il tasso di utilizzazione delle risorse rinnovabili non sia superiore al loro tasso di rigenerazione; l'immissione di sostanze inquinanti e di scorie nell'ambiente non superi la capacità di carico dell'ambiente stesso; lo stock di risorse non rinnovabili resti costante nel tempo.

Ogni politica di sviluppo, in sostanza, dovrà essere delineata sulla base della capacità di carico dell'ecosistema, affinché, con le parole del rapporto *Brundtland*, le esigenze della generazione presente siano soddisfatte senza compromettere le opportunità delle generazioni future.

Il principio in questione, che ha le sue radici nei principi di solidarietà ed equità e che può essere inteso sia in senso orizzontale-intragenerazionale, sia in senso verticale-intergenerazionale, per passare dal contenuto programmatico ad una effettiva attuazione, necessita d'altra parte di essere utilizzato come criterio applicativo di dettaglio, nelle norme di settore e nei provvedimenti attuativi.

Si comprende così come lo svolgimento del percorso evolutivo della tutela ambientale proceda con un ritmo di progressione pressoché contemporaneo con il diffondersi delle teorie dei beni comuni e dell'economia circolare e con l'integrazione delle politiche orizzontale all'interno dei contratti pubblici.

Tale approdo sembra segnare il definitivo collegamento delle due linee di sviluppo, rispettivamente degli appalti pubblici e della disciplina dell'ambiente. L'integrazione, di cui l'obbligatorietà dei criteri ambientali nel d.lgs. 50/2016 rappresenta una eloquente espressione, sembra porsi, a livello di sistema, nella direzione della creazione del c.d. Stato "circolare".

La rilevanza delle considerazioni ambientali in tutte le fasi del procedimento ad evidenza pubblica (descrizione dell'oggetto del contratto - specifiche tecniche - criteri di qualificazione - criteri di aggiudicazione - condizioni di esecuzione) esprime così la necessità di un uso strategico degli appalti nel perseguimento degli SDGs fissati dalle Nazioni Unite.

L'obbligatorietà dei criteri ambientali minimi, sancita dall'art. 18 della l. 28 dicembre 2015 n. 221 (c.d. collegato ambiente) e generalizzata dal d.lgs. 50/2016 come modificato dal d.lgs. 56/2017 (c.d. correttivo) e l'introduzione da parte del codice dei contratti pubblici del 2016 del costo del ciclo di vita nell'applicazione del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente vantaggiosa hanno così come presupposto strutturale l'adozione di una nuova dimensione istituzionale integrata ed interconnessa tra pubbliche amministrazioni e tra funzioni amministrative in grado di curare i vari interessi pubblici secondo una prospettiva olistica, verso gli obiettivi della crescita sostenibile e della creazione del c.d. Stato "circolare".

Il cambio di paradigma delle norme attuative interne non manca però di mostrare allo stesso tempo profili di criticità. Ad esempio, nei casi in cui la legge prevede, forse forzando la disciplina dell'Unione europea, la possibilità di utilizzare il criterio del prezzo più basso rivive lo scenario precedente in cui l'economicità prevale sulla tutela ambientale; il rischio di bandi e/o capitolati di gara generici o non proporzionati all'oggetto dell'appalto; come tutelare l'ambiente nei casi di appalti per cui non siano stati definiti i cam; le forme di tutela in caso di mancata applicazione dei cam in sede di elaborazione degli atti di gara; i rimedi in caso di mancata applicazione dei cam nella fase esecutiva dell'appalto.

Al di là dei problemi sollevati e delle possibili diverse soluzioni, sembra incontestabile l'affermazione all'interno del sistema degli appalti dell'ambiente quale preminente interesse pubblico da perseguire. Occorre però sottolineare come il carattere preminente di questo valore abbia un carattere relativo e non assoluto. Il principio di integrazione e l'obbligatorietà dei cam non importano infatti assoluta resistenza e preminenza dell'ambiente rispetto alla restante serie di interessi che si inseriscono nei procedimenti di aggiudicazione del contratto di appalto.

Sul punto, pare che il criterio guida non possa non essere quel principio che si pone trasversalmente rispetto ad ogni attività delle istituzioni comunitarie e delle pubbliche amministrazioni, ossia il principio di proporzionalità.

In ragione di esso e della sua analisi a struttura trifasica, si potrà dunque ritenere legittima la sovraordinazione delle misure di protezione dell'ambiente e del principio dello sviluppo sostenibile rispetto al canone dell'economicità laddove ciò rivesta anzitutto il carattere dell'idoneità rispetto al fine perseguito; soddisfatta tale prima condizione, si dovrà valutare se l'opzione prescelta sia anche necessaria (se cioè non vi siano altre misure idonee a sacrificare

in misura inferiore le esigenze economiche dell'Amministrazione) ed, infine, se essa rispetti il parametro dell'adeguatezza, ossia di una ponderazione armonizzata tra i valori in considerazione.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Diritto penale dell'ambiente*, Bari, 2006

AA.VV., *Codice dell'ambiente*, Giuffrè, 2008

G. ACQUARONE, *I principi delle politiche pubbliche per la tutela dell'ambiente. Pianificazione amministrativa, assenso preventivo e responsabilità civile*, Torino, 2003

M. AINIS, *Questioni di "democrazia ambientale": il ruolo delle associazioni ambientaliste*, in *Riv. Giur. Amb.*, 1995

B. ALBERTAZZI, *Qualità ambientale: il nuovo regolamento Emas n. 761/2001. Un'opportunità anche per le piccole e medie imprese*, in *Amb. Ener. Lav.*, 2001

M. ALBERTON, *L'assicurazione del danno ambientale nella direttiva 2004/35/CE*, *ivi*, 2007,

M. ALBERTON, M. MONTINI, *Le novità introdotte dal Trattato di Lisbona per la tutela dell'ambiente*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2008

U. ALLEGRETTI (a cura di), *I controlli amministrativi*, Bologna, 1995

T. ALLEN, *The philippine childrens case: recognizing legal standing for future generation*, in *Georgetown International Environmental Law Review*, 1994

G. AMENDOLA, *Il testo unico ambientale e la nozione di rifiuto. A che punto siamo?*, in *Dir. Giur. Agr.*, 2007

D. AMIRANTE (a cura di), *Diritto ambientale e Costituzione*, Milano, 2000

D. AMIRANTE, *I principi comunitari di “gestione dell’ambiente” e il diritto italiano: prime note per un dibattito*, in *Diritto e gestione dell’ambiente*, 2001

S. AMOROSINO, *Ambiente e privatizzazione delle funzioni amministrative*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto*, Firenze, 1999

A. ANZON, *Principio cooperativo e strumenti di raccordo tra le competenze statali e regionali*, in *Giur. Cost.*, 1986

M. ANDREIS (a cura di), *La tutela della salute tra tecnica e potere amministrativo*, Milano, 2006

S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, Oxford, 2017

S. ARROWSMITH, *Social and environmental policies in EC procurement law: new directive and new directions*, Oxford, 2009

R. BALDWIN, M. CAVE, *Understanding regulation – theory, strategy and practice*, Oxford University Press, 1999

A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2005

A. BARONE, *L’ecolabel*, in F. FRACCHIA, M. OCCHIENA (a cura di), *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*, Milano, 2006

S. BARTOLE, *Riflessioni sulla comparsa nell’ordinamento italiano del principio di sussidiarietà*, in *Studium juris*, 1999

C. BASEGGIO, *L’incentivazione alla produzione di energia da fonte rinnovabile: profili giuridici del mercato italiano dei certificati verdi*, in www.ambientediritto.it

G. BELLOMO, *Il Green Public Procurement nell'ordinamento multilivello ambientale*, in *Diritto Pubblico Comparato Europeo*, 2008

G. BERTI, N. MARZONA, *Controlli amministrativi*, in *Enc. Dir.*, agg. III, Milano, 1999

C. BERTOLINI, *La sussidiarietà amministrativa, ovvero la progressiva affermazione di un principio*, in *Dir. Amm.*, 2007

P.W. BIRNIE, A.E. BOYLE, *International law and the environment*, II ed., Oxford University Press, 2002

G. BOLOGNA, *I contenuti della sostenibilità*, in *Edizione ambientale*, 1, 1996

M. BONAIUTI, *Obiettivo decrescita*, Bologna, 2005

E. BOSCOLO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il diritto ad una corretta «informazione ambientale»*, in *Urb. App.*, 1998

E. BOSCOLO, *Associazioni ambientaliste e ambiente come equilibrio sistemico*, in *Urb. App.*, 1998

G. BOTTINO, *Equità e discrezionalità amministrativa*, Milano, 2004

S. BRIGGS, *Command and control in natural resource management: revisiting Holling and Meffe*, in *Ecological Management & Restoration*, 2003

G.H. BRUNDTLAND, *Il futuro di tutti noi. Rapporto della Commissione mondiale per l'ambiente e lo sviluppo*, Milano, 1989

N. BRUTTI, *Diritto all'informazione ambientale e «active dissemination»*, in *Dir. Informatica*, 2004

L. BUTTI, *Principio di precauzione, Codice dell'ambiente e giurisprudenza delle Corti comunitarie e della Corte costituzionale*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2006

L. BUTTI (a cura di), *The precautionary principle in environmental law*, Milano, 2007

P. CACCIARI, *Pensare la decrescita. Sostenibilità ed equità*, Roma, 2006

M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007

M. CAFAGNO, *Articolo 3-quater. Principio dello sviluppo sostenibile*, in AA.VV., *Codice dell'ambiente*, Giuffrè, 2008

G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico giuridica*, Milano, 1975, 15 ss.

G. CALABRESI, *La responsabilità civile come diritto della società mista*, in G. ALPA, F. PULITINI, S. RODOTÀ, F. ROMANI, *Interpretazione giuridica e analisi economica*, Milano, 1982

E. CAPACCIOLI, A. DAL PIAZ, voce *Ambiente*, in *Nss. D.I.*, App. I, 1980

R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2004

R. CARANTA, *Servizi pubblici locali, tutela della concorrenza e riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Giur. It.*, 2006

R. CARANTA, *The law of green and social procurement in Europe*, Copenhagen, 2010

B. CARAVITA, *Diritto pubblico dell'ambiente*, Bologna, 1990

B. CARAVITA, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2005; G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in *Studi in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996,

B. CARAVITA, *Costituzione, principi costituzionali e tecniche di normazione per la tutela dell'ambiente*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto*, II, Firenze, 1999

B. CARAVITA, A. MORRONE, *L'organizzazione costituzionale e l'ambiente*, in L. NESPOR, A.L. DE CESARIS (a cura di), *Codice dell'ambiente*, Milano, 1999

B. CARAVITA, *Lineamenti di diritto costituzionale federale e regionale*, Torino, 2006

F. CARINGELLA, *Il diritto all'informazione ambientale entra nelle aule della giustizia amministrativa*, in *Urb. App.*, 1999

F. CARINGELLA, *Manuale dei contratti pubblici*, Roma, 2016

F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2005

F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2017

V. CARBONE, *Il nuovo codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Corr. Giur.*, 2004

A. CAROSELLI, *La tutela ambientale nei rapporti tra Stato e regioni*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2007, 2, 159 ss.

P. CARPENTIERI, *La nozione giuridica di paesaggio*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2004

P. CARPENTIERI, *I decreti correttivi e integrativi del codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Urb. App.*, 2006

P. CARPENTIERI, *La causa nelle scelte ambientali*, in *Riv. della Scuola superiore dell'economia e delle finanze*, 2006

P. CARPENTIERI, *Fruizione, valorizzazione e gestione dei beni culturali*, Relazione al convegno "Il nuovo codice dei beni culturali e del paesaggio. Prospettive applicative", in www.avvocatiamministrativisti.it

G. N. CARUGNO, W. MAZZITTI, C. ZUCHELLI, *Codice dei beni culturali*, Milano, 2006

E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017

S. CASSESE (a cura di), *I controlli nella pubblica amministrazione*, Bologna, 1993

S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2001

G. CATALDI, voce *Ambiente (tutela dell')* *Diritto della Comunità europea*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2001

P. CAVALERI, *La nuova autonomia legislativa delle Regioni*, in *Foro it.*, 2001

M.C. CAVALLARO, *Il principio di integrazione come strumento di tutela dell'ambiente*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 2007

M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000

- R. CELLERINO, *Gli strumenti economici per la gestione dell'ambiente*, in *La risorsa ambiente*, Confindustria centro studi, 1990
- P. CERBO, *Le novità del codice dell'ambiente. I "nuovi" principi del codice dell'ambiente*, in *Urb. App.*, 2008
- V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Amm.*, 1984
- V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2017
- G. CHITI, *Il principio di non discriminazione e il Trattato di Amsterdam*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 2000
- G. CHITI, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007
- F. CINTIOLI, *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale*, in *Dir. e Formazione*, 2004
- M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo (AIPDA) – Annuario 2006. Analisi economica e diritto amministrativo*, Milano, 2007
- M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2017
- M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, 2016
- M. CLARICH, *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, 2016
- M. CLARICH, *Modelli contrattuali*, 2017

M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, 1995

G. COCCO, A. MARZANATI, R. PUPILELLA, A. RUSSO, *Ambiente*, in M.P. CHITI, G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, 1997

M. COLUCCI, S. SICA, *L'Unione europea*, Bologna, 2004

C.L. COPPINI, *L'applicazione della tassa e l'obbligo di motivazione*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2002, 291

G. CORDINI, *Diritto ambientale comparato*, Padova, 1997

M.C. CORDONIER SEGGER, *Governing and reconciling economic, social and environmental regimes*, in M.C. CORDONIER SEGGER, C.G. WEERAMANTRY, *Sustainable justice, reconciling economic, social and environmental law*, 2005

M.C. CORDONIER SEGGER, A. KHALFAN, *Sustainable development law. Principles, practices and prospects*, Oxford, 2006

G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2017

M.G. COSENTINO, *Stato e autonomie nel nuovo "codice dell'ambiente" (D.Lgs. n. 152/2006)*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2006

L. COSTATO, F. PELLIZZER, *Commentario breve al codice dell'ambiente*, Padova, 2007

A. CROSETTI, *Controlli amministrativi*, in *Dig. IV (disc. pubbl.)*, Torino, 1989

A. CROSETTI, *I controlli ambientali: natura, funzioni, rilevanza*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2007

E. D'ALESSANDRO, *Principio di proporzionalità comunitaria e rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, in *Giust. Civ.*, 1997

H. DALY, *From empty world economics to full world economics: recognizing an historic turning point in economic development*, in R. GOODLAND, H. DALY, S. EL SERAFY, B. VON DROSTE, *Environmentally sustainable economic development: building on Brundtland*, Paris, 1991

P. D'AMELIO, voce *Tutela dell'ambiente*, in *Enc. Giur.*, 1991

G. D'AMICO, *Rifiuti radioattivi nelle regioni "meno reattive"? Il nimby non trova spazio alla Corte costituzionale*, in *Rass. Giur. En. El.*, 2005

A. D'ANDREA, *Le prospettive della Costituzione italiana ed il principio di sussidiarietà*, in *Jus*, 2000

A. D'ATENA, *Modelli federali e sussidiarietà nel riparto della competenze normative tra l'Unione europea e gli Stati membri*, in *Dir. Un. Eur.*, 2005

G. D'AURIA, *Funzioni amministrative e autonomia finanziaria delle Regioni e degli Enti locali*, in *Foro it.*, 2001

G. D'AURIA, *I controlli*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II ed., *Diritto Amministrativo generale*, Milano, 2003

M. D'AURIA, *Primi passi per la riduzione in Italia delle emissioni di gas a effetto serra*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2006

A.L. DE CESARIS, *Nozione di rifiuto: l'Italia perde il pelo ma non il vizio*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2005

A. L. DE CESARIS, *Una nuova disciplina per l'ambiente?*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2007

G. DE GIORGI CEZZI, *I controlli nell'amministrazione moderna*, Bari, 1990

F. DE LEONARDIS, *La disciplina dell'ambiente tra unione europea e WTO*, in *Dir. Amm.*, 2004

F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005

F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?*, 2017

P. DELL'ANNO, *Prevenzione dall'inquinamento ambientale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1986

P. DELL'ANNO, voce *Tutela dell'ambiente*, in *Enc. Dir.*, 1992

P. DELL'ANNO, *Manuale di diritto ambientale*, Padova, 2003

P. DELL'ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Milano, 2004

P. DELL'ANNO, *Modelli organizzativi per la tutela dell'ambiente*, in D. DE CAROLIS, E. FERRARI, A. POLICE (a cura di), *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, Milano, 2006

P. DELL'ANNO, *La tutela dell'ambiente come "materia" e come valore costituzionale di solidarietà e di elevata protezione*, in www.lexambiente.it

P. DELL'ANNO – E. PICOZZA (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Padova, 2012

G. DE MINICO, *Brevi note sulle associazioni ambientali ex art. 18 L. 349 del 1986*, in *Riv. Giur. Edil.*, 1994

P. DE NICTOLIS, R. DE NICTOLIS, *Il criterio del prezzo più basso e il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008, III, 2100 ss.

R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017

D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità*, Padova, 1995

N. DE SADELEER, *Rifiuti, prodotti e sottoprodotti: la Corte di Giustizia delle Comunità europee e le decisioni dei giudici nazionali in Gran Bretagna, Francia e Belgio*, Milano, 2006

G. DI NARDO, G. DI NARDO, *I reati ambientali*, Padova, 2002

R. FERRARA, *Strumenti e tecniche di tutela ambientale*, in V. DOMENICHELLI, N. OLIVETTI RASON, V. POLI (a cura di), *Diritto pubblico dell'ambiente. Diritto etica politica*, Padova, 1996

R. FERRARA, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in R. FERRARA (a cura di), *La tutela dell'ambiente. Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2006

R. FERRARA, *La protezione dell'ambiente e il procedimento amministrativo nella "società del rischio"*, in *Dir. e Soc.*, 2006

R. FERRARA, Voce *Ambiente (dir. amm.)*, in S. PATTI (a cura di), *Il diritto (enciclopedia giuridica Il Sole 24 Ore)*, 2007

G. FERRARI, *La qualificazione per i lavori pubblici per le imprese stabilite in Italia e per le imprese stabilite all'estero e la garanzia della qualità*, in M.A. SANDULLI, R. NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008

G. FIDONE, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, 2012

G. FIDONE, *Proprietà pubblica e beni comuni*, 2017

P. FIMIANI, *La tutela penale dell'ambiente dopo il D. Lgs. n. 4/2008*, Milano, 2008

S. FOÀ, *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2004

F. FONDERICO, *La tutela dell'ambiente*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Vol. V, *Diritto amministrativo speciale*, 2003

F. FONDERICO, *Il diritto di accesso all'informazione ambientale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2006

F. FONDERICO, *La "codificazione" del diritto dell'ambiente in Italia: modelli e questioni*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2006

D. FOUQUET, *Le nuove linee guida dell'Unione europea sui sussidi statali riguardanti la protezione ambientale*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2001

M. FRACANZANI, *L'ambiente tra tutela e (necessario) profitto nel decreto legislativo 152/2006*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2007

F. FRACCHIA, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, Bologna, 2018

F. FRACCHIA, *Environmental law. Principles, definitions and protection models*, Napoli, 2018

M. FRANCAVILLA, *Sussidiarietà e leale collaborazione alla prova dei fatti: l'emergenza rifiuti in Campania*, in *Corr. Giur.*, 2008

J. FREEMAN, *Moving to markets in environmental regulation: lessons from twenty years of experience*, 2006.

J. FREEMAN, *Government by contract: outsourcing and American democracy*, 2009

J. FREEMAN – M. GERRARD, *Global climate change law and U.S. law*, 2015.

D. FRENCH, *International law and policy of sustainable development*, Manchester, 2005

T.E. FROSINI, *Sul «nuovo» diritto all'informazione ambientale*, in *Giur. Cost.*, 1992

F. GABRIELE, A.M. NICO (a cura di), *La tutela multilivello dell'ambiente*, Bari, 2005

D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998

D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di “spill over” negli ordinamenti nazionali*, in *Nuove aut.*, 2005

D.U. GALETTA, *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2006

C.E. GALLO, *Ambiente e posizioni soggettive della persona*, in R. FERRARA, P.M. VIPIANA (a cura di), *I “nuovi diritti” nello stato sociale in trasformazione*, Padova, 2002

R. GARABELLO, *Le novità del Trattato di Amsterdam in materia di politica ambientale comunitaria*, in *Riv. Giur. Amb.*, 1999

G.C. GARAGUSO, S. MARCHISIO, *Vertice per la terra*, Milano, 1993

R. GAROFOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2017

F. GARRI, *I controlli amministrativi nell'ordinamento italiano*, Milano, 1998

F. GAVERINI, *Accesso (e accessi) ai documenti amministrativi: linee-guida per le p.a. a garanzia del diritto alla privacy*, in *Foro Amm. – TAR*, 7-8

M. GESTRI, *Ambiente (dir. int.)*, in A. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*,

F. GIAMPIETRO, *Diritto alla salubrità dell'ambiente*, Milano, 1980

F. GIAMPIETRO, *Commento al testo unico ambientale*, Milano, 2006

F. GIAMPIETRO, *I principi ambientali nel D.Lgs. n. 152/2006: dal T.U. al Codice dell'ambiente ovvero le prediche inutili?*, in *ambiente & Sviluppo*, 2008

P. GIAMPIETRO, *Bilancio ambientale ed eco-audit, le prospettive nel diritto comunitario ed italiano*, in *Riv. Giur. Amb.*, 1995, 19 ss.

P. GIAMPIETRO, *Proposte ricostruttive della “nozione autentica” di rifiuto, ex art. 14 l. 178/2002*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2004, 2, 233 ss.

M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1939

M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2001

M. S. GIANNINI, *Difesa dell'ambiente e del patrimonio naturale e culturale*, *ivi*, 1971, 1122 ss.

M. S. GIANNINI, "Ambiente": *saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1973, 15 ss. e in *Massimo Severo Giannini. Scritti*, Milano, 2005, 445 ss.

M.S. GIANNINI, *Controllo: nozioni e problemi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1974, 1263 ss.

M. S. GIANNINI, *Primi rilievi sulle nozioni di gestione dell'ambiente e di gestione del territorio*, *ivi*, 1975, 479 ss.

A. GIOCOLI NACCI, *I controlli amministrativi*, Bari, 1991

R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2018

F. GIUNTA, voce *Ambiente (dir. pen.)*, in in S. PATTI (a cura di), *Il diritto*,

A. GIUSTI, *Le certificazioni ambientali: EMAS*, in F. FRACCHIA, M. OCCHIENA (a cura di), *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*

G. GOLINI, *Titoli di efficienza energetica (TEE): risultati del primo triennio e revisione del meccanismo*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2008

S. GRASSI, *Prime considerazioni sul "principio di precauzione" come norma di diritto positivo*, in *Diritto e gestione dell'ambiente*, 2001

A. GRATANI, *Misure nazionali ambientali di protezione rafforzata e principio di proporzionalità*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2005

G. GRECO, *Il diritto comunitario propulsore del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1993

V. HEYVAERT, *The Transnationalisation of law: rethinking law through transnational environmental regulation*, 2016

C.S. HOLLING, G.K. MEFFE, *Command and control and the pathology of natural resource management*, in *Conservation biology*, 1996

A. KARAMAT, *La politica dell'Unione Europea in relazione alle sanzioni ambientali. Proposte per una direttiva sulla tutela dell'ambiente attraverso il diritto penale*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2008

P. KOURILSKY, G. VINEY, *Le principe de précaution. Rapport au Premier Ministre*, 1999

L. KRAMER, *Manuale di diritto comunitario per l'ambiente*, Milano, 2002

F. LA CAMERA, *Sviluppo sostenibile. Origini, teoria e pratica*, Roma, 2005

A. LANZA, *Lo sviluppo sostenibile*, Bologna, 2002

S. LATOUCHE, *La scommessa della decrescita*, Milano, 2007

F. LAURIA, *I pubblici appalti: disciplina comunitaria e giurisprudenza italiana*, Milano, 1998

P.A. LEME MACHADO, *Il principio di precauzione e la valutazione dei rischi*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2007

P. LOMBARDI, *I profili giuridici della nozione di ambiente: aspetti problematici*, in *Foro Amm. – TAR*, 2002

R. LOMBARDI, *Contributo allo studio della funzione di controllo*, Milano, 2003

M. LOTTINI, *Appalti comunitari: sulla ammissibilità di criteri di aggiudicazione non prettamente economici*, in *Foro Amm. – CDS*, 2002

E. LOUKA, *Conflicting integration – The environmental law of the european union*, London, 2005

N. LUGARESI, *Ambiente, mercato, analisi economica, discrezionalità*, in *Analisi economica e diritto amministrativo (Annuario AIPDA 2006)*, Milano, 2007

P. MADDALENA, *L'ambiente: prolegomeni per una sua tutela giuridica*, in *Foro Amm. – TAR*, 2007

A. MAESTRONI, *I nuovi orientamenti dei giudici amministrativi sulla partecipazione al procedimento amministrativo e sulla legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2001

S. MAGLIA, M.A. LABARILE, *Prime osservazioni sulla nuova direttiva europea sui rifiuti*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2008

G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in *Dir. Pubbl.*, 2004

G. MANFREDI, *La Corte costituzionale, i rifiuti radioattivi e la sindrome nimby*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2005

P. MANTINI, P. DELL'ANNO, C. VERARDI, F. GIAMPIETRO, *Associazioni ecologiche e tutela dell'ambiente*, Rimini, 1990

F. MARCHETTI, voce *Ambiente (dir. trib.)*, in A. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006

M. MARTINELLI, M. CALABRÒ, M.R. SPASIANO, M. TIBERII, *La qualificazione per i servizi e le forniture*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008

T. MARTINES, *L'ambiente come oggetto di diritti e di doveri*, in V. PEPE (a cura di), *Politica e legislazione ambientale*, Napoli, 1986

C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985

R. MASTROIANNI, *Trattato di Lisbona: osservazioni critiche sulla procedura legislativa e sul ruolo del Parlamento europeo e dei parlamenti nazionali*, in www.astrid-online.it

B.G. MATTARELLA, *Il lessico amministrativo della consulta e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004

B.G. MATTARELLA, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2018

M. MEDUGNO, *Le associazioni ambientaliste ed il processo*, in *Ambiente*, 1994

M. MEDUGNO, *Tasse ambientali – Introduzione*, in S. MAGLIA, M. SANTOLOCI, *Il codice dell'ambiente*, Piacenza, 2006

A. MELA, M. C. BELLONI, L. DAVICO, *Sociologia dell'ambiente*, Roma, 1998

M. MELI, *Il principio comunitario "chi inquina paga"*, Milano, 1996

G. MIELE, *Principii di diritto amministrativo*, Padova, 1966

A. MONTAGNA, *Ambiente (dir. pen.)*, in A. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006

G. MORBIDELLI, M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1998

M. OCCHIENA, *Norme di gestione ambientale*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008

A. OCHOA, C. ERDMENGER, *Study contract to survey the state of play of green public procurement in the European Union*, Freiburg, 2003

A. OGUS, *Regulation – Legal form and economic theory*, Oxford, 1994

M. ONIDA, *Europe and the environment. Legal issues in honor of Ludowig Kramer*, Groningen, 2004

V. PAONE, *La nozione di rifiuto tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Foro It.*, 2005

C. PAONESSA, *Nozione di rifiuto*, in *Studium Juris*, 2006

V. PARISIO, *I silenzi della Pubblica Amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, 1996

V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998

V. PARISIO, *Pubblici servizi e funzione di garanzia del giudice amministrativo*, Milano, 2003

V. PARISIO, *Beni culturali, paesaggio e giudice amministrativo*, in *Foro Amm. – TAR*, 2004

V. PARISIO, *Protezione dell'ambiente, sviluppo sostenibile e controllo giurisdizionale*, in *Riv. giur. urb.*, 2006

V. PARISIO, *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo italiano*, in *Nuove aut.*, 2006

V. PARISIO (a cura di), *Silenzo e procedimento amministrativo in Europa: una comparazione tra diverse esperienze*, Milano, 2006

V. PARISIO, voce *Parere*, in *Enciclopedia del diritto-Il Sole 24 ore*, Milano, 2007

V. PARISIO., *Il silenzio amministrativo nell'attività edilizia*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2006

C. PASUT, *La discrezionalità nella scelta dei criteri di aggiudicazione per gli appalti pubblici (gli orientamenti del Giudice Amministrativo e della Corte di Giustizia)*, in www.giustizia-amministrativa.it

D.W. PEARCE, R.K. TURNER, I. BATEMAN, *Economia ambientale*, Bologna, 2003, 110 ss.

G. PECCOLO, *Il sistema comunitario di ecogestione e audit ambientale*, Padova, 1994

V. PEPE, *Lo sviluppo sostenibile tra governo dell'economia e profili costituzionali*, in R. FERRARA, P.M. VIPIANA (a cura di), *I "nuovi diritti" nello stato sociale in trasformazione*

G. PERICU, voce *Ambiente (tutela dell')* nel diritto amministrativo, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1987

A. PIEROBON, *Prolegomeni alla tassazione ambientale, in particolare la tariffa per la gestione dei rifiuti*, in *Comuni d'Italia*, 2008

G. PIGOU, *The economics of welfare* (trad. di M. EINAUDI, *Economia del Benessere*), Torino, 1948

C. PINELLI, *Gerarchia delle fonti comunitarie e principi di sussidiarietà e proporzionalità*, in *Dir. Un. Eur.*, 1999

C. PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro it.*, 2001

L. PINESCHI, *Tutela dell'ambiente e assistenza allo sviluppo: dalla Conferenza di Stoccolma (1972) alla Conferenza di Rio (1992)*, in *Riv. Giur. Amb.*, 1994

A. POLICE, W. GIULIETTI, *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato: un difficile equilibrio*, in *Serv. Pubbl. e App.*, 2004

E. POMINI, *Nuova apertura della Corte di Giustizia all'esclusione dei "sottoprodotti" dalla nozione comunitaria di "rifiuto": legittimato il "riutilizzo ovunque"*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2006

F. PORCELLANA, *L'insufficienza del principio di autosufficienza regionale in materia di rifiuti*, in *www.giustamm.it*, 2008

O. PORCHIA, *Tutela dell'ambiente e competenze dell'Unione europea*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 2006

A. POSTIGLIONE *Ambiente: suo significato giuridico unitario*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*

U. POTOTSCHNIG, *Controlli e principi costituzionali sulla pubblica amministrazione*, in *Reg. e gov. loc.*, 1984

A. PREDIERI, voce *Paesaggio*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXXI

E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e tecnica*, in *Giur. It.*, 1910

M. PRIEUR, J. MAKOWIAK, *France*, in J. EBBESON (a cura di), *Access to justice in Environmental Matters in the EU*, Kluwer Law International, 2002

S. PUGLIATTI, *Beni e cose in senso giuridico*, Milano

F.P. PUGLIESE, *La legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1994

G. QUERINI, *La tutela dell'ambiente nell'Unione europea: un'analisi critica*, Milano, 2007

E. RACCA, *Nell'angolo dei rifiuti l'albero della solidarietà*, in *Guida agli Enti Locali – Il Sole 24 Ore*, 2008

C. RAPISARDA SASSON, *Verso un nuovo equilibrio tra ambiente e mercato: il regolamento CEE per l'Ecolabel*, in *Riv. Giur. Amb.*, 1993

C. RAPISARDA SASSON, *I nuovi strumenti di controllo per l'ambiente: marchio ecologico, audit e gestione ambientale*, in AA.VV., *Diritto pubblico dell'ambiente*, Padova, 1996

M. RENNA, *Il sistema degli "standard ambientali" tra fonti europee e competenze nazionali*, in B. POZZO, M. RENNA (a cura di), *L'ambiente nel nuovo titolo V della Costituzione*, Milano, 2004

F. RICCI LUCCHI, *La scienza di Gaia*, Bologna, 1996

E. RONCHI, *Uno sviluppo capace di futuro. Le nuove politiche ambientali*, Bologna, 2000

U. SALANITRO, *Il diritto all'informazione in materia ambientale alla luce della recente normativa sull'accesso ai documenti della Pubblica Amministrazione*, in *Riv. Giur. Amb.*, 1992

G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2017

U. SALANITRO, *I principi generali nel Codice dell'ambiente*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2009

S. SALARDI, *Il diritto internazionale in materia di sviluppo sostenibile. Quali progressi dopo Rio?*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2008

F. SALVIA, *Gli strumenti giuridici della tutela ambientale*, in *Riv. Giur. Amb.*, 1993

F. SALVIA, *Ambiente e sviluppo sostenibile*, in *Riv. Giur. Amb.*, 1998

A.M. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998

A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984

A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964

M.A. SANDULLI, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti (a prima lettura a margine di Corte cost. n. 204 del 2004)*, in *Riv. giur. edil.*, 2004, I, 1211 ss.

M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2006

M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS – R. GAROFOLI, *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2011

M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Torino, 2017

G. SCHIESARO, *“Chi inquina paga”*: una nuova frontiera nella liquidazione del danno ambientale ex art. 18, legge 349/1986, in *Riv. Giur. Amb.*, 2003

F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2000

F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, Torino, 2017

F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017

T. SCOVAZZI, *Le azioni delle generazioni future*, in *Riv. Giur. Amb.*, 1995

O. SEPE, *Controlli amministrativi*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988

G. SERAFINI, *Economia della sostenibilità*, in A. SIRIANNI (a cura di), *Gestire l'ambiente*, Milano, 1999

E. SESSA, *Profili evolutivi del principio di precauzione alla luce della prassi giudiziaria della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2005

H. SIMON, *L'architettura della complessità*, in *Le scienze dell'artificiale*, Bologna, 1988

M. SOLLINI, *Il principio di precauzione nella disciplina comunitaria della sicurezza alimentare*, Milano, 2006

F. SPAGNUOLO, *Il Green Public Procurement e la minimizzazione dell'impatto ambientale nelle politiche di acquisto della pubblica amministrazione*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2006

R. B. STEWART, *Il diritto amministrativo nel XXI secolo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2004

G. TARANTINI, *Il principio “chi inquina paga” tra fonti comunitarie e competenze regionali*, in *Riv. Giur. Amb.*, 1990

E. TEDESCHI, *Dal CIP n. 6/1992 ai certificati verdi*, in www.ambientediritto.it

G. TORREGROSSA, *Introduzione al diritto urbanistico*, Milano, 1987

T. TREVES, *Il diritto dell'ambiente a Rio e dopo Rio*, in *Riv. Giur. Amb.*, 1993

M. TRIMARCHI, *Tutela dell'ambiente nel diritto comunitario*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2006

G. VESPERINI, *Il riparto delle funzioni in materia ambientale: un'introduzione*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2007

C. VIDETTA, *La tassa sui rifiuti e il principio comunitario “chi inquina paga”*, in *Foro Amm. – TAR*, 2005

S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008

S. VILLAMENA, *Codice dei contratti pubblici 2006. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità economicità*, 2017

L. VIOLA, *Il diritto incompressibile all'ambiente salubre e la sindrome di nimby*, in *Giur. merito*, 2007

L. VIOLA, *L'emergenza rifiuti approda avanti al giudice amministrativo, tra effetto n.i.m.b.y. e analisi economica del diritto*, in www.giustamm.it, 2008

P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, Milano, 2001

C. VIVANI, *Norme comunitarie di principio e legislazione interna: i principi di prossimità ed autosufficienza in materia di gestione dei rifiuti*, in R. FERRARA, P.M. VIPIANA (a cura di), *I “nuovi diritti” nello stato sociale in trasformazione*, Padova, 2002

R. VIVENZIO, *Mercato e ambiente nel contesto della rivoluzione amministrativa italiana*, in *T.A.R.*, 1999

G. WALKER, *Dal pensare globale all’agire locale. Il diritto internazionale e la sua influenza sul diritto ambientale*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2002

A. WIESBROCK, *Sustainable public procurement under EU law*, Cambridge, 2015

G. ZAGREBELSKI (a cura di), *Diritti e Costituzione nell’Unione europea*, 2005

J. ZILLER, *La nuova costituzione europea*, Bologna, 2004

J. ZILLER, *La sussidiarietà come principio del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2006

