

RIVISTA QUADRIMESTRALE
DI
DIRITTO DELL'AMBIENTE

Decennale della Rivista (2010-2020)
Tenth Anniversary of the Journal (2010-2020)

NUMERO 2 - 2020

FABRIZIO FRACCHIA – SCILLA VERNILE

I contratti pubblici come strumento dello sviluppo ambientale



G. Giappichelli editore

ISSN 2239-964X

FABRIZIO FRACCHIA^{*}, SCILLA VERNILE^{}**

I contratti pubblici come strumento dello sviluppo ambientale^{}***

SOMMARIO: 1. *Profili introduttivi: i contratti pubblici come strumento per la tutela ambientale.* – 2. *La disciplina europea e nazionale in tema di “appalti verdi”.* – 3. *Gli appalti verdi tra scelte vincolate e discrezionali.* – 4. *La tutela dell'ambiente tramite i contratti pubblici tra accentramento e regionalismo differenziato.* – 5. *Misure per appalti sempre più verdi: il partenariato per l'innovazione.* – 6. *Conclusioni: verso un blue public procurement?*

1. *Profili introduttivi: i contratti pubblici come strumento per la tutela ambientale*

L'asservimento alla tutela ambientale di istituti tipicamente volti al perseguimento di altri interessi pubblici trova oggi espresso riconoscimento all'interno dell'ordinamento, come conseguenza del giudizio di rilevanza del valore ambientale che il legislatore ha spesso operato, sebbene con finalità e modalità ogni volta differenti¹.

Tra gli esempi di istituti primariamente destinati ad assolvere a compiti diversi dalla tutela ambientale rientrano indubbiamente i contratti pubblici, stipulati dalle amministrazioni per soddisfare le esigenze di acquisto di beni o servizi sul mercato o di realizzazione di opere pubbliche. Ove, però, nella prospettiva dell'uso strategico dello strumento contrattuale, siano inserite nei contratti anche clausole ambientali, finalizzate a garantire che l'oggetto del contratto sia ecosostenibile, all'obiettivo di base (quello di procurare un bene, un servizio o un'opera all'amministrazione) si affianca la cura dell'interesse ambientale.

^{*} Professore Ordinario di Diritto amministrativo, Dipartimento di Studi Giuridici “Angelo Sraffa”, Università Commerciale “Luigi Bocconi” di Milano. E-mail: fabrizio.fracchia@unibocconi.it.

^{**} Ricercatrice a t.d. di Diritto amministrativo, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Sassari. E-mail: svernile@uniss.it.

^{***} Il contributo è frutto di una riflessione comune. Tuttavia, i parr. 1-3 sono stati curati da Scilla Vernile, mentre i parr. 4-6 da Fabrizio Fracchia.

¹ M. MAZZAMUTO, *Diritto dell'ambiente e sistema comunitario delle libertà economiche*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, 6, p. 1571.

Gli “appalti verdi” (o “*Green Public Procurement*”)², come vengono comunemente definiti i contratti pubblici contenenti specifiche clausole di protezione ambientale, sono stati tradizionalmente inquadrati tra gli strumenti di tutela ambientale “di mercato”³ (*market based tools*), volti a promuovere un maggiore livello di protezione dell’ambiente tramite l’internalizzazione dei costi ecologici nel valore delle attività potenzialmente lesive per l’ambiente, in modo da indurre coloro che intendano avviare tali attività ad adottare le misure più

² La letteratura in materia è assai vasta. Senza pretesa di esaustività, cfr. F. DE LEONARDIS, *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, in M.A. SANDULLI-R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 167; ID., *Green public procurement: from recommendation to obligation*, in *International Journal of Public Administration*, 2011, p. 34; C. FELIZIANI, *I nuovi appalti verdi: un primo passo verso un’economia circolare?*, in *Dir. econ.*, 2017, 2,, p. 349; S. VILLAMENA, *Codice dei contratti pubblici 2016. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità*, in *Riv. giur. edilizia*, 2017, 3, p. 101; ID., *Appalti pubblici e clausole ecologiche. Nuove conquiste per la «competitività non di prezzo» anche alla luce della recente disciplina europea*, in *Dir. econ.*, 2015, 2, p. 357; S. BIANCAREDDU-G. SERRA, *Gli appalti verdi: la soddisfazione di interessi ambientali attraverso le procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici*, in *Giurisd. amm.*, 2014, 7-8, p. 269; E. BELLOMO, *Il green public procurement nell’ambito della green economy*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, p. 163; G. FIDONE, *Gli appalti verdi all’alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2012, 5, p. 819; F. GAVERINI, *Attività contrattuali della p.a. e protezione dell’ambiente: gli appalti verdi*, in *Riv. giur. edilizia*, 2009, 5-6, p. 153; M. OCCHIENA, *Norme di gestione ambientale*, in M.A. SANDULLI-R. DE NICTOLIS-R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 1465; F. SCHIZZEROTTO, *I principali provvedimenti europei ed italiani in materia di green public procurement*, in *Riv. giur. ambiente*, 2004, 6, p. 967; M. BROCCA, *Criteri ecologici nell’aggiudicazione degli appalti*, in *Urb. e app.*, 2003, 2, p. 173; B. FENNI, *Il green public procurement come strumento di sviluppo sostenibile*, in *AmbienteDiritto.it*, 2014. Sul piano sovranazionale, si v. S. ARROWSMITH-P. KUNZLIK (a cura di), *Social and environmental policies in EC Procurement Law. New directives and new directions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009; R. CARANTA-M. TRYBUS (a cura di), *The law of green and social procurement in Europe*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2010; P. KUNZLIK, *Green Public Procurement—European Law, Environmental Standards and ‘What To Buy’ Decisions.*”, in *Journal of Environmental Law* 2013, 2, p. 173.

³ M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell’ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 410. Secondo F. GAVERINI, *op. cit.*, gli appalti verdi si collocano in una posizione intermedia tra gli strumenti di tutela ambientale autoritativi (o di “*command and control*”) e gli strumenti di mercato “puri”, come ad esempio i marchi e le attestazioni ecologiche, rispetto ai quali il ruolo delle amministrazioni si esaurisce in funzioni di tipo certificativo, informativo e promozionale. Nel modello “misto”, in cui secondo l’A. rientrerebbero gli appalti verdi, convivono una regolazione normativa o amministrativa più o meno dettagliata e la possibilità per gli operatori di optare tra diverse soluzioni ecologiche sulla base di un giudizio di convenienza economica.

idonee a ridurre le conseguenze ambientali della loro impresa, in attuazione “anticipata” del principio del chi inquina paga⁴.

Invero, come meglio si dirà *infra*, il *Green Public Procurement* (“GPP”) pare configurarsi anche come strumento ambientale di carattere autoritativo (*command and control*)⁵, posto che, talora, la tutela ambientale si inserisce obbligatoriamente nel procedimento di scelta del contraente.

Il GPP, dunque, sembra presentare una natura mista: a differenza degli strumenti di mercato che potremmo dire “puri”, l’istituto esibisce alcuni aspetti che prescindono dalla libera scelta degli operatori economici di produrre beni e rendere servizi più sostenibili⁶: in tali casi, le istanze ecologiche si inseriscono nel procedimento di scelta del contraente, influenzando necessariamente il mercato⁷ e “spingendo” le imprese ad adottare misure volte a promuovere una maggiore tutela ambientale per aspirare a ottenere la commessa pubblica⁸.

In comune con le misure di mercato vere e proprie, tuttavia, il GPP assume il carattere di strumento di promozione di un più avanzato livello di tutela ambientale (salvo quanto si dirà con riguardo ai CAM), maggiormente elevato, cioè, rispetto al livello che in ogni caso deve essere assicurato e che viene garantito principalmente tramite gli strumenti di *command and control*, sostanzialmente tesi a porre limiti, o comunque condizioni, all’esercizio di attività la cui potenziale lesività per l’ambiente è stata già accertata nel momento in cui tali limiti e condizioni sono stati posti.

⁴ Sul principio del “chi inquina paga”, senza pretesa di esaustività, P. DELL’ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 102; M. CAFAGNO, *op. cit.*, p. 247; M. RENNA, *I principi in materia di tutela dell’ambiente*, in questa *Rivista*, 2012, 1-2, p. 62; F. GOISIS, *Caratteri e rilevanza del principio comunitario “chi inquina paga” nell’ordinamento nazionale*, in *Foro amm. CdS*, n. 11/2009, p. 2711 e, se si vuole, F. FRACCHIA, *Introduzione allo studio del diritto dell’ambiente: principi, concetti e istituti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, p. 136.

⁵ M. CAFAGNO, *op. cit.*; A. CROSETTI-R. FERRARA-F. FRACCHIA-N. OLIVETTI, *Introduzione al diritto dell’ambiente*, Laterza, Roma-Bari, 2018; P. DELL’ANNO, *Diritto dell’ambiente*, Cedam, Padova, 2018; G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell’ambiente*, Giappichelli, Torino, 2017.

⁶ Cfr. M. CALABRÒ, *Le certificazioni di qualità ambientale di prodotto quali fattori di competitività per il made in Italy*, in *Foro amm. Tar*, 2009, 9, p. 2639.

⁷ Secondo B. FENNI, *op. cit.*, gli appalti verdi sarebbero strumenti regolatori in quanto in grado di correggere il mercato verso una maggiore sostenibilità, incidendo su una domanda già esistente. F. DE LEONARDIS, *Criteri di sostenibilità*, cit., parla, a tal proposito, di effetto indiretto o “di traino”. Sul compito regolatorio svolto dalle pubbliche amministrazioni tramite gli acquisti verdi cfr. anche C. FELIZIANI, *op. cit.*

⁸ Cfr. F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno stato circolare?*, in *Dir. amm.*, 2017, 1, p. 163.

Il GPP, inoltre, si colloca al crocevia del diritto dell'ambiente e del diritto degli appalti pubblici, in quanto espressione di quel principio di integrazione di derivazione europea che promuove una tutela trasversale e appunto integrata dell'ambiente, imponendone la considerazione anche rispetto ad attività non immediatamente funzionali alla protezione ambientale⁹.

Ciò trova conferma sia nell'art. 3-*quater* del d.lgs. 152/2006 (Codice dell'ambiente), ai sensi del quale «la tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private» (quindi anche dalle stazioni appaltanti), sia in disposizioni settoriali. Si pensi, tra le più recenti, alla previsione dell'art. 1, comma 2, del d.l. 14 ottobre 2019, n. 111, contenente «Misure urgenti per il rispetto degli obblighi previsti dalla direttiva 2008/50/CE sulla qualità dell'aria e proroga del termine di cui all'articolo 48, commi 11 e 13, del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229», convertito, con modificazioni, dalla l. 12 dicembre 2019, n. 141 (c.d. Decreto clima), che impone a ciascuna amministrazione pubblica – dunque, anche all'amministrazione che stipula contratti – di conformare le attività di propria competenza al raggiungimento degli obiettivi di contrasto ai cambiamenti climatici e miglioramento della qualità dell'aria.

Quanto testé osservato mostra la pervasività dell'interesse ambientale, sebbene l'attività contrattuale, come meglio si dirà, faticosi a “colorarsi” compiutamente di verde¹⁰, nonostante le previsioni legislative siano ormai chiare nell'orientare la disciplina degli appalti pubblici alla cura dell'ambiente e degli interessi sociali¹¹, in una prospettiva di tutela trasversale degli interessi sensibili,

⁹ Ai sensi dell'art. 11 TFUE (ex art. 6 TCE), «Le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile». Conformemente, l'art. 37 della Carta di Nizza dispone che «Un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile». Cfr. G. FIDONE, *op. cit.*; M.C. CAVALLARO, *Il principio di integrazione come strumento di tutela dell'ambiente*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2007, 2, p. 467.

¹⁰ Se non può che essere riconosciuta la rilevanza ai fini della tutela ambientale del principio di integrazione, specialmente sul piano dei valori, allo stesso tempo non possono tacersi le difficoltà pratico-operative dovute ai molteplici e variegati interessi alla base delle politiche europee: così R. FERRARA, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*, 2005, 3, p. 509.

¹¹ F. DE LEONARDIS, *Criteri di sostenibilità*, cit.

che paiono meritare una più attenta considerazione anche quando non costituiscono l'oggetto principale dell'attività svolta.

2. La disciplina europea e nazionale in materia di "appalti verdi"

L'opportunità di ampliare la gamma degli strumenti disponibili e di promuovere una "contaminazione" delle dinamiche di mercato per finalità di tutela ambientale nel settore degli appalti è stata sostenuta a livello europeo¹² già a partire dagli anni '90 e ha trovato un'espressa conferma nel Libro Verde sugli appalti pubblici del 1996, nonché nelle Comunicazioni della Commissione europea 11 marzo 1998, n. 143, 8 giugno 1999, n. 263, 20 settembre 2000, n. 576¹³, 15 maggio 2001, n. 264, 4 luglio 2001, n. 274¹⁴ e nel Sesto Programma comunitario d'azione per l'ambiente, adottato con la Decisione del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 luglio 2002 n. 1600/2002/CE¹⁵. Di grande rilievo è poi il volume della Commissione "Acquistare verde!".

L'importanza della domanda pubblica per il mercato ha indotto le istituzioni europee a promuovere, seppure inizialmente tramite atti di *soft law*¹⁶, l'integrazione di criteri ecologici nelle modalità di scelta del contraente, sia al fine di perseguire in maniera diretta obiettivi di maggiore tutela ambientale, sia per fungere da esempio per gli altri acquirenti sul mercato, onde orientare le loro

¹² A livello internazionale, un riferimento si ha anche nel Piano di azione sullo sviluppo sostenibile adottato a Johannesburg nel 2002.

¹³ M. CAFAGNO, *op. cit.*

¹⁴ Cfr. G. FIDONE, *op. cit.*, il quale sottolinea come la Commissione con tale documento, pure confermando una visione prettamente economicistica della disciplina degli appalti verdi, afferma la compatibilità della crescita economica con il mantenimento di un livello accettabile di qualità dell'ambiente, in applicazione del principio di integrazione al settore dei contratti pubblici. Cfr. anche F. SCHIZZEROTTO, *op. cit.*, il quale richiama le diverse fasi della procedura a evidenza pubblica, individuate dalla Commissione, nelle quali sarebbe possibile integrare le esigenze ecologiche.

¹⁵ M. CAFAGNO, *op. cit.*

¹⁶ S. VILLAMENA, *Appalti pubblici e clausole ecologiche*, cit., sottolinea che, trattandosi di strumenti di *soft law*, sono stati rari i casi di introduzione di clausole ecologiche negli appalti, anche in considerazione del rischio di incorrere in una fattispecie di responsabilità contabile per i maggiori costi che avrebbero potuto derivare dalla valutazione delle offerte secondo parametri non esclusivamente economici in assenza di una solida base normativa.

scelte verso prodotti e servizi più sostenibili per l'ambiente¹⁷. In questo senso si è espressa anche la Commissione europea con il *Green Deal*¹⁸.

Una domanda sempre più "verde" costituisce un incentivo per le imprese a investire sull'innovazione¹⁹ e sulla sensibilizzazione del pubblico verso prodotti (e processi di produzione) e servizi ecocompatibili²⁰ e, dunque, in una prospettiva di più ampio raggio, per una trasformazione del mercato²¹.

Le istituzioni europee, pertanto, promuovono da tempo l'introduzione nelle gare pubbliche di criteri di valutazione idonei ad attribuire punteggi maggiori alle imprese che presentino un valore aggiunto in termini ambientali, perché possiedono certificazioni ambientali ovvero seguono processi produttivi ed erogano servizi a ridotto impatto inquinante, anche a scapito dell'economicità della commessa, ancorché necessariamente entro i limiti dei principi di proporzionalità e adeguatezza.

L'introduzione di criteri ambientali nei contratti pubblici, infatti, deve rispettare i principi dell'evidenza pubblica, come ribadito anche dalla Corte di giustizia UE, che si è pronunciata in ordine alla possibilità per le amministrazioni giudicatrici di introdurre criteri ecologici nei contratti pubblici già in vigore delle "vecchie" direttive 92/50/CE e 93/38/CE. In particolare, con la nota sentenza 17 settembre 2002, causa C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab. vs. Helsingin Kaupunki HKL Bussilikenne*, la Corte ha riconosciuto alle amministrazioni aggiudicatrici la facoltà di introdurre nelle procedure a evidenza pubblica criteri ecologici a condizione che fossero collegati all'oggetto dell'appalto, ossia pertinenti tenendo conto della natura, dell'oggetto e delle caratteristiche del contratto, e non conferissero a tali amministrazioni una libertà incondizionata di scelta. Tali criteri avrebbero dovuto essere conformi ai principi

¹⁷ F. DE LEONARDIS, *La disciplina dell'ambiente tra Unione europea e WTO*, in *Dir. amm.*, n. 2004, 4, p. 513.

¹⁸ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni dell'11 dicembre 2019, in cui si legge appunto che «le autorità pubbliche, comprese le istituzioni dell'UE, dovrebbero dare l'esempio, assicurandosi che i loro appalti si basino su criteri ecologici».

¹⁹ G. FIDONE, *op. cit.*

²⁰ *Id.*, *op. cit.*

²¹ Si v. ancora il *Green Deal* europeo, in cui si pone in evidenza l'idoneità delle politiche commerciali ad agevolare la transizione ecologica dell'UE: la Commissione chiarisce, infatti, a tal proposito, che la politica commerciale dell'UE favorisce gli scambi e gli investimenti in beni e servizi verdi e promuove gli appalti pubblici rispettosi del clima.

europei in materia di gare pubbliche, specialmente con riguardo alla non discriminazione, e indicati nella *lex specialis* di gara²².

Con la sentenza del 4 dicembre 2003, resa nella causa C-448/01²³, la Corte di giustizia, inoltre, ha riconosciuto espressamente la possibilità di prevedere per il criterio ambientale l'attribuzione di un punteggio significativo (45 sul 100), a condizione che l'amministrazione possa verificare la rispondenza dell'offerta ai criteri di aggiudicazione²⁴ e che sia ammesso il sindacato del giudice²⁵.

Sulla scia delle pronunce giurisprudenziali, il legislatore europeo ha disciplinato espressamente la possibilità di introdurre clausole ambientali (e sociali) nei contratti pubblici con le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, sia con riguardo alla fase di individuazione dell'oggetto del contratto sia con riferimento alla fase esecutiva della commessa pubblica, ammettendo in tal modo anche possibili alterazioni del mercato ove la scelta più economica non corrisponda a quella più idonea a tutelare l'ambiente. A fronte di una simile evenienza, occorre procedere a un bilanciamento tra i vantaggi derivanti da un innalzamento del livello di tutela ambientale e il (parziale) sacrificio del principio di economicità²⁶.

L'obiettivo delle direttive è quello di creare un "mercato verde", tramite la capacità della domanda (diretta all'acquisto di prodotti ecocompatibili) delle stazioni appaltanti di orientare gli operatori verso produzioni che contemperino l'economicità e l'efficienza con le esigenze di tutela ambientale. Le stazioni appaltanti possono individuare l'offerta migliore tenendo conto dell'impatto ambientale del bene o del servizio scelto, sempre, però, nel rispetto dei principi di concorrenza e di non discriminazione.

Ove i principi concorrenziali siano rispettati, le stazioni appaltanti, pur non essendovi obbligate, possono introdurre clausole ecologiche e sociali, tanto più che i maggiori costi derivanti dalla necessità di rendere i prodotti, i lavori e i servizi più ecosostenibili sono destinati a essere compensati dai vantaggi, di

²² Sul punto si v. anche F. DE LEONARDIS, *La disciplina dell'ambiente*, cit.; M. CALABRÒ, *op. cit.*

²³ Con nota di 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, 12, p. 12.

²⁴ Condizione che anticipa il tema della capacità tecnica delle stazioni appaltanti di prevedere criteri di sostenibilità ambientale adeguati e proporzionati, di cui si parlerà *infra*, §3.

²⁵ Secondo F. SCHIZZEROTTO, *op. cit.*, la sentenza precisa due aspetti essenziali: la libertà delle amministrazioni di scegliere quale peso assegnare ai criteri ecologici e la legittimità del criterio scelto a prescindere dalla sua idoneità a raggiungere gli scopi che hanno mosso la stazione appaltante a introdurlo nella disciplina di gara.

²⁶ F. GAVERINI, *op. cit.*

carattere almeno reputazionale o di immagine, che derivano tanto agli operatori quanto alle amministrazioni²⁷, fermo restando che la “spinta” verso prodotti ecosostenibili potrebbe rappresentare anche un’opportunità per lo sviluppo di nuovi mercati²⁸.

In recepimento delle previgenti direttive europee in materia di appalti, il legislatore nazionale ha affermato la derogabilità del principio di economicità in applicazione dei criteri ispirati alla tutela dell’ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile²⁹. Il d.lgs. 163/2006, all’art. 2, comma 2, prevedeva espressamente che «il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente Codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell’ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile»³⁰, pur sempre nel rispetto degli altri principi sanciti dal medesimo articolo³¹.

Ciò ha segnato il definitivo superamento dell’approccio prettamente economico che ha sempre caratterizzato la disciplina nazionale dei contratti pubblici, principalmente volta a favorire una riduzione della spesa pubblica mediante l’individuazione dell’offerta economicamente più valida³². La scelta della stazione appaltante, invece, per ragioni di tutela ambientale, può ricadere anche su un bene o un servizio più costoso, a condizione che sia più sostenibile e pur sempre entro i limiti tracciati dai principi di proporzionalità, trasparenza e non discriminazione³³.

²⁷ M. CALABRÒ, *op. cit.*; S. VILLAMENA, *Appalti pubblici e clausole ecologiche*, cit.

²⁸ Sulla questione si tornerà *infra*, § 6, affrontando il tema del prevedibile impatto della prospettiva dell’economia circolare sui contratti pubblici.

²⁹ Al fine di delimitare l’ambito di indagine del presente lavoro, si precisa che non si procederà a un’attività di comparazione con altri Paesi, ma ci si limiterà ad analizzare l’applicazione dell’istituto del *green public procurement* nell’ordinamento italiano.

³⁰ Cfr. F. SCHIZZEROTTO, *op. cit.*, e F. SPAGNUOLO, *Il green public procurement e la minimizzazione dell’impatto ambientale nelle politiche di acquisto della pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2006, 2, p. 397.

³¹ Secondo F. GAVERINI, *op.cit.*, l’eccezione prevista dal secondo comma dell’art. 2 del d.lgs. 163/2006 è limitata al profilo dell’economicità, non potendosi derogare, neanche per finalità ecologiche, agli altri principi applicabili alle procedure a evidenza pubblica.

³² G. FIDONE, *op. cit.*

³³ D’altronde, è il già richiamato principio di integrazione a imporre il perseguimento dell’interesse ambientale nello svolgimento delle attività delle pubbliche amministrazioni anche non direttamente finalizzate alla tutela dell’ambiente. Il principio di economicità, pure conservando la posizione di cardine della disciplina dei contratti pubblici, deve essere temperato, allora, con le altre istanze pubblicistiche, ivi compresa la preminente esigenza di protezione ambientale: G. MASTRODONATO,

Il parziale arretramento del principio di economicità di fronte alle istanze di tutela ambientale è stato confermato con la “nuova” disciplina dei contratti pubblici. Il d.lgs. 50/2016, che recepisce le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, dispone all’art. 30, comma 1, che «il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell’ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico»³⁴.

La tutela dell’ambiente, dunque, si inserisce prepotentemente tra i principi che governano i contratti pubblici, tanto da dovere essere osservato anche ai fini dell’aggiudicazione dei contratti esclusi dall’ambito di applicazione del Codice. Ai sensi dell’art. 4, «l’affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall’ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell’ambiente ed efficienza energetica».

Alle disposizioni concernenti i principi, si aggiungono altre e più specifiche previsioni che il Codice dei contratti pubblici dedica all’integrazione dei profili ambientali nei contratti pubblici³⁵. Più nel dettaglio, l’art. 95, in materia di criteri di aggiudicazione dell’appalto, chiarisce, al comma 6, che l’offerta

Gli strumenti privatistici nella tutela amministrativa dell’ambiente, in *Riv. giur. ambiente*, 2010, 5, p. 707.

³⁴ L’interesse ambientale è richiamato più volte nel Codice dell’ambiente; secondo S. VILLAMENA, *Codice dei contratti pubblici 2016*, cit., si individuano disposizioni generali, ossia riferibili a generiche esigenze ambientali, come l’art. 100 in base al quale le stazioni appaltanti possono richiedere agli appaltatori condizioni di esecuzione ulteriori per ragioni ambientali, norme che considerano l’interesse ambientale come un limite alla trasformazione dell’esistente in virtù della sua natura di interesse sensibile e disposizioni che, pur lasciando sempre margini di discrezionalità all’amministrazione, presentano un contenuto più puntuale e che l’A. distingue (v. *infra*) tra clausole fisse e flessibili.

³⁵ F. DE LEONARDIS, *Criteri di sostenibilità*, cit., p. 167, individua dodici disposizioni fondamentali in materia di appalti verdi, ossia gli artt. 4 (Principi relativi all’affidamento di contratti pubblici esclusi), 30 (Principi per l’aggiudicazione e l’esecuzione di appalti e concessioni), 34 (Criteri di sostenibilità energetica e ambientale), 38 (Qualificazione delle stazioni appaltanti e centrali di committenza), 68 (Specifiche tecniche), 69 (Etichettature), 71 (Bandi di gara), 87 (Certificazione delle qualità), 93 (Garanzie per la partecipazione alla procedura), 95 (Criteri di aggiudicazione dell’appalto), 96 (Costi del ciclo di vita) e 144 (Servizi di ristorazione).

economicamente più vantaggiosa³⁶, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata tenendo conto di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto e individua alcuni possibili sub-criteri³⁷. Tra questi, particolarmente rilevanti appaiono i criteri di cui alla lett. *a*), per cui si deve guardare alla qualità, comprensiva, tra l'altro, delle caratteristiche ambientali, del contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto; alla lett. *b*), con riguardo al possesso di un marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE) in relazione ai beni o ai servizi oggetto del contratto; alla lett. *c*), che prevede la possibilità di tenere conto del «costo di utilizzazione e manutenzione avuto anche riguardo ai consumi di energia e delle risorse naturali, alle emissioni inquinanti e ai costi complessivi, inclusi quelli esterni e di mitigazione degli impatti dei cambiamenti climatici, riferiti all'intero ciclo di vita dell'opera, bene o servizio, con l'obiettivo strategico di un uso più efficiente delle risorse e di un'economia circolare che promuova ambiente e occupazione»; alla lett. *d*), che individua quale possibile criterio di cui tenere conto la compensazione delle emissioni di gas a effetto serra.

Le amministrazioni aggiudicatrici, nel redigere la *lex specialis* della singola procedura, possono introdurre criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa orientati a promuovere uno sviluppo sostenibile e un innalzamento del livello di tutela ambientale, ossia a promuovere una maggiore "compatibilità ambientale" dell'appalto per favorire la riduzione dell'impatto delle attività umane sull'equilibrio ecologico. E infatti l'art. 95, comma 13, prevede che le stazioni appaltanti indichino nel bando di gara i criteri premiali, ossia quale sia «il maggior punteggio relativo all'offerta concernente beni, lavori o servizi che presentano un minor impatto sulla salute e sull'ambiente».

Il criterio della maggiore "compatibilità ambientale" investe l'oggetto del contratto, che diviene funzionale (anche) al perseguimento di obiettivi di

³⁶ Di conseguenza, la preordinazione dell'interesse ambientale rispetto al principio di economicità, seppure entro i limiti della proporzionalità, viene meno ove il criterio applicato sia quello del prezzo più basso. Sul punto S. VILLAMENA, *Codice dei contratti pubblici 2016*, cit.

³⁷ Secondo un'elencazione non tassativa, come si evince dall'espressione «nell'ambito di tali criteri possono rientrare».

protezione dell'ecosistema e di riduzione dell'impatto delle attività umane sull'equilibrio ecologico³⁸.

I bandi di gara, dunque, possono introdurre specifici parametri ambientali da considerare in sede di valutazione dell'offerta allorché trovi applicazione il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La tutela dell'ambiente è comunque assicurata anche ove il criterio applicabile sia quello del prezzo o del costo: il riferimento al costo, anzi, fa sì che le stazioni appaltanti possano tenere conto anche delle esternalità ambientali e comunque di tutti i profili connessi all'intero ciclo di vita del prodotto, come chiarito dall'art. 95, co. 2, che richiama espressamente l'art. 96 sui costi del ciclo di vita dei prodotti, dei servizi e dei lavori³⁹.

A prescindere dal criterio di valutazione dell'offerta adoperato, poi, le stazioni appaltanti possono individuare caratteristiche ambientali minime del bene o del servizio oggetto del contratto. Il riferimento va naturalmente alle specifiche tecniche che, ai sensi dell'art. 68 e nei limiti dallo stesso dettati, possono essere richieste dalle stazioni appaltanti purché collegate e proporzionate all'oggetto dell'appalto⁴⁰.

Un esempio è costituito dalle etichettature, cui fa riferimento lo stesso Codice dei contratti pubblici al successivo art. 69, ai sensi del quale «le amministrazioni aggiudicatrici che intendono acquistare lavori, forniture o servizi con specifiche caratteristiche ambientali, sociali o di altro tipo, possono imporre nelle specifiche tecniche, nei criteri di aggiudicazione o nelle condizioni relative all'esecuzione dell'appalto, un'etichettatura specifica come mezzo di prova che i

³⁸ A tal proposito, come specificato dall'art. 34, comma 2, nella predisposizione della documentazione di gara, in applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le stazioni appaltanti possono tenere conto dei criteri ambientali minimi ("CAM") stabiliti con decreto del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, sui quali si tornerà *infra*, nel testo.

³⁹ Secondo F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio*, cit., la novità principale delle direttive del 2014 consiste proprio nella sostituzione del criterio di aggiudicazione del "prezzo più basso" con quello del "costo più basso", che consentirebbe di tenere conto, insieme al prezzo d'acquisto, dei costi, anche ambientali, legati al ciclo di vita del prodotto in una prospettiva di economia circolare. Cfr. anche ID., *Criteri di sostenibilità*, cit. Sul punto anche S. VILLAMENA, *Appalti pubblici e clausole ecologiche*, cit., p. 359.

⁴⁰ S. VILLAMENA, *Codice dei contratti pubblici 2016*, cit., a tal proposito, opera una distinzione tra clausole ecologiche che definisce "fisse", alle quali riconduce le specifiche tecniche nonché le certificazioni ambientali, e clausole ecologiche "flessibili", tra cui rientrerebbero i criteri che potrebbero essere introdotti nel bando ai fini della valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In entrambi i casi permarrebbe, tuttavia, la discrezionalità dell'amministrazione nel prevedere o meno tali clausole.

lavori, le forniture o i servizi corrispondono alle caratteristiche richieste», purché sempre nel rispetto dei principi di parità e non discriminazione⁴¹. Le misure a tutela dell'ambiente potrebbero inoltre consistere nella richiesta di certificazioni che garantiscano il rispetto di processi di gestione ambientale, come quelle disciplinate dall'art. 87 del Codice dei contratti pubblici.

Ancora, merita soprattutto di essere ricordato l'art. 34 del Codice dei contratti pubblici, secondo cui «le stazioni appaltanti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare».

Ove il Ministero dell'ambiente abbia adottato i CAM⁴², le stazioni appaltanti sono *obbligate* a introdurli nella *lex specialis* di gara⁴³, come confermato sia dall'uso dell'indicativo “contribuiscono” sia dall'ultimo comma dell'art. 34, in virtù del quale tale obbligo si applica per gli affidamenti di qualunque importo relativamente alle forniture, ai servizi e ai lavori oggetto dei criteri ambientali minimi fissati nell'ambito del Piano d'azione⁴⁴. L'appalto pubblico costituisce l'occasione per applicare standard di tutela minimi già

⁴¹ Analoga previsione era contenuta nell'art. 68, comma 9, del d.lgs. 163/2006. La giurisprudenza UE ha avuto modo di chiarire, tuttavia, i limiti entro i quali le stazioni appaltanti possono fare riferimento a un'ecoetichettatura nel rispetto dei principi concorrenziali. In tal senso, è utile richiamare la sentenza della Corte di giustizia del 12 maggio 2012, resa nella causa C-368/10, *Commissione vs. Paesi Bassi*, con cui ha chiarito che costituisce una violazione delle direttive l'innalzare a specifica tecnica un'ecoetichettatura senza al contempo indicare le specifiche dettagliate alla stessa sottese, perché, in assenza di quell'indicazione, non sarebbe possibile comprendere quali esigenze la stazione appaltante intende soddisfare richiamando quella determinata ecoetichettatura. Secondo la Corte, «lungi dal costituire un formalismo eccessivo, l'obbligo in capo all'amministrazione aggiudicatrice di menzionare espressamente le caratteristiche ambientali dettagliate che intende imporre anche qualora utilizzi caratteristiche definite da un'ecoetichettatura è indispensabile per consentire ai potenziali offerenti di fare riferimento ad un documento unico e ufficiale, che promana dall'amministrazione aggiudicatrice stessa, e, quindi, non li assoggetta all'incertezza di una ricerca di informazioni e alle possibili modifiche nel tempo dei criteri relativi ad una qualsivoglia etichettatura».

⁴² Cfr. T. CELLURA, *L'applicazione dei criteri ambientali minimi negli appalti pubblici*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016.

⁴³ F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio*, cit.

⁴⁴ Secondo F. DE LEONARDIS, *Criteri di sostenibilità*, cit., data la rilevanza “storica” della disposizione, il legislatore avrebbe dovuto utilizzare espressioni più nette nel riferirsi a un vero e proprio obbligo.

definiti a livello centrale per categorie merceologiche, aspetto di particolare rilevanza, tra l'altro, per i rapporti Stato-regioni, su cui si tornerà *infra*, § 4.

L'art. 34, dunque, così come modificato con il d.lgs. 17 aprile 2017, n. 56 (c.d. correttivo al Codice dei contratti pubblici), sancisce il passaggio dalla totale e piena facoltatività dell'introduzione di clausole ambientali nella *lex specialis* di gara alla vincolatività derivante dalla riconducibilità dell'oggetto dell'appalto a un bene o servizio per il quale siano stati definiti dei criteri ambientali minimi⁴⁵.

I beni e i servizi offerti devono essere necessariamente conformi agli standard minimi definiti tramite decreto ministeriale, sicché le stazioni appaltanti non possono adottare bandi che non contengano tali riferimenti (sulle conseguenze di una eventuale carenza, si rinvia al prossimo paragrafo) e i concorrenti, per potere proficuamente partecipare alla gara, devono dimostrare il rispetto dei requisiti indicati a pena di esclusione⁴⁶.

La vigenza di CAM applicabili all'oggetto del contratto che si intende aggiudicare incide, in particolare, sulla fase di scelta del contraente, anche se l'integrazione di criteri ambientali può riguardare pure la fase successiva alla conclusione della procedura a evidenza pubblica, ossia quella della concreta esecuzione del contratto. Anche nella fase di esecuzione, infatti, l'appaltatore sarà tenuto al rispetto delle prescrizioni ecologiche minime che siano state inserite nel contratto.

3. Gli appalti verdi tra scelte vincolate e discrezionali

⁴⁵ In tal caso, come meglio si dirà nel prossimo paragrafo, si ha un vero e proprio obbligo per le stazioni appaltanti di inserire puntuali condizioni di carattere ambientale all'interno della *lex specialis* di gara, asservendo lo strumento dei contratti pubblici alla tutela dell'ambiente: v., ancora, F. DE LEONARDIS, *op. ult. cit.*

⁴⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 gennaio 2020, n. 723, che ha confermato la legittima mancata esclusione dell'aggiudicatario la cui offerta contemplava lo specifico impegno ad utilizzare prodotti conformi ai CAM per l'affidamento del servizio di pulizia e per la fornitura di prodotti per l'igiene. Secondo il Supremo Consesso amministrativo, le indicazioni contenute nell'offerta consentivano di verificare la rispondenza dei prodotti ai relativi CAM in quanto «detti prodotti presentano, invero, il marchio Ecolabel e sono elencati con la rispettiva foto, il tipo, la denominazione, la descrizione e la marca; inoltre vengono allegate le singole 'schede di prodotto', composte da numerose pagine per ciascuno, che specificano la conformità degli stessi ai Criteri Ambientali Minimi e contengono informazioni minuziosamente dettagliate circa le caratteristiche dei medesimi». Cfr. anche sez. VI, 27 marzo 2019, n. 2036.

Già s'è osservato che qualora l'oggetto dell'appalto ricada in uno degli ambiti per i quali vige un decreto ministeriale sui relativi CAM, la stazione appaltante è tenuta a recepirli.

Si tratta di una novità introdotta con il correttivo del 2017, che segna il passaggio dalla volontarietà dell'introduzione dei criteri ambientali nei contratti pubblici alla sua obbligatorietà, superando il contesto settoriale in favore di un approccio generalizzato, poiché l'obbligo riguarda tutte le forniture e i servizi (a condizione che per gli stessi siano stati definiti i relativi CAM).

Va aggiunto che il legislatore italiano ha fatto un passo ulteriore rispetto alla normativa europea. Dalle Direttive del 2014, infatti, non discende alcun obbligo per gli Stati membri di prevedere un vero e proprio dovere per le stazioni appaltanti di acquistare "verde", ferma restando la loro facoltà di inserire specifiche tecniche o parametri di valutazione ecologici nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità⁴⁷.

Rispetto ai beni e ai servizi per cui sono stati definiti appositi CAM, invece, il legislatore nazionale ha operato una valutazione preventiva con riguardo alla necessità di stabilire le condizioni minime da rispettare in termini di sostenibilità ambientale allorché le stazioni appaltanti intendano acquistare quei beni o servizi⁴⁸.

La potenzialità della previsione di cui al cit. art. 34 non deve essere sottovalutata, dal momento che consentirebbe di censurare eventuali documenti di gara non conformi⁴⁹.

⁴⁷A tal proposito, è interessante richiamare la Comunicazione della Commissione europea del 14 gennaio 2020, contenente il "Piano di investimenti del *Green Deal* europeo", in cui la Commissione afferma che «proporrà criteri o obiettivi verdi obbligatori minimi per gli appalti pubblici nella normativa sulle iniziative settoriali, sui finanziamenti UE o su prodotti specifici. Questi criteri minimi stabiliranno di fatto una definizione comune degli "acquisti verdi", permettendo di raccogliere dati comparabili dagli acquirenti pubblici e ponendo le basi per valutare l'impatto degli appalti pubblici verdi».

⁴⁸F. DE LEONARDIS, *Criteri di sostenibilità*, cit., p. 171, parla, a tal proposito, di una vera e propria «rivoluzione dell'art. 34».

⁴⁹Secondo F. DE LEONARDIS, *op. ult. cit.*, «il contratto posto in essere in violazione delle norme che prevedano determinati requisiti ambientali dell'oggetto dell'appalto debba essere considerato annullabile (o, addirittura, come si vedrà, nullo) con le conseguenti responsabilità per i dirigenti che lo hanno concluso».

Si può discutere circa il fatto che il legislatore avrebbe potuto riconoscere a un'autorità preposta alla tutela ambientale⁵⁰ la legittimazione a impugnare la *lex specialis* di gara nelle ipotesi in cui le stazioni appaltanti non rispettassero l'obbligo derivante dall'art. 34 (specialmente considerando che difficilmente i concorrenti impugnerebbero il bando di gara e la relativa documentazione per l'assenza di prescrizioni ambientali che potrebbero limitare la loro partecipazione o comunque renderla più onerosa). In ogni caso, a legislazione vigente, sembra consentito avviare una riflessione in ordine alla possibilità che ANAC impugni il bando privo delle prescrizioni relative alla necessaria dimostrazione dei CAM per le categorie merceologiche per le quali sono vigenti gli appositi decreti, facendo valere la sua speciale legittimazione *ex art. 211, co. 1-bis*, del Codice dei contratti pubblici⁵¹. Ai sensi della citata norma, infatti, ANAC è legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi e degli altri atti generali e dei provvedimenti adottati da qualsiasi stazione appaltante ove ritenga che essi violino le disposizioni in materia di contratti pubblici⁵².

Ciò pare d'altro canto in linea con la previsione dell'art. 213, co. 9, del d.lgs. 50/2016, anch'essa aggiunta con il correttivo del 2017, nella quale si chiarisce che «la stazione centrale dell'Osservatorio provvede a monitorare l'applicazione dei criteri ambientali minimi di cui al decreto di cui all'articolo 34 comma 1 e il raggiungimento degli obiettivi del Piano d'azione per la sostenibilità dei consumi nel settore della pubblica amministrazione».

Né può essere scartata un'altra soluzione, quella, cioè, di considerare etero-integrata la disciplina di gara. Siffatta soluzione consentirebbe di tutelare più facilmente gli operatori interessati, che potrebbero far valere l'illegittimità dell'aggiudicazione (nonché dell'ammissione, tanto più che l'abrogazione del rito super-accelerato pare avere risolto la questione delle censure formulabili) ove il bene o il prodotto offerto non risultasse conforme ai CAM eventualmente vigenti.

⁵⁰ Potrebbe essere l'Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente (ARERA), in ragione delle sue competenze in settori riconducibili alla complessa materia ambientale, sulla scia dell'esempio dell'AGCM.

⁵¹ Cfr. anche F. DE LEONARDIS, *Criteri di sostenibilità*, cit.

⁵² A ciò si aggiunga che ANAC potrebbe intervenire anche ai sensi del comma 1-ter dell'art. 211, d.lgs. 50/2016, in base al quale, se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del Codice dei contratti pubblici, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, emette un parere motivato con la specifica indicazione del vizio riscontrato. Se la stazione appaltante non si conforma al parere entro il termine assegnato, comunque non superiore a sessanta giorni, ANAC può presentare ricorso entro i successivi trenta giorni.

Ad ogni modo, la potenzialità dell'istituto parrebbe in parte indebolita, a monte, dalla complessità del procedimento di adozione dei CAM⁵³, come dimostrato dal numero tutt'oggi esiguo di decreti che contengono i criteri ambientali minimi di prodotti e servizi⁵⁴.

Le stazioni appaltanti, come già ricordato, dispongono comunque di ampia discrezionalità per quanto riguarda i parametri ambientali da inserire per la valutazione dell'offerta economica più vantaggiosa o per le specifiche tecniche, diverse o comunque aggiuntive rispetto ai CAM⁵⁵, potendo pure richiedere, come chiarito dal giudice amministrativo, l'applicazione dei CAM anche per beni o servizi non immediatamente riferibili a quelli oggetto dei relativi decreti ministeriali⁵⁶ ovvero introdurre criteri premianti⁵⁷.

Tale discrezionalità non può che essere esercitata nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità. Restano valide, infatti, le affermazioni giurisprudenziali già richiamate *supra*, § 2, con riguardo alla necessità che i criteri

⁵³ Cfr. F. DE LEONARDIS, *Criteri di sostenibilità*, cit.

⁵⁴ Sul sito istituzionale del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare risultano in vigore CAM per diciassette categorie: arredi per interni, arredo urbano, ausili per l'incontinenza, calzature da lavoro e accessori in pelle, carta, cartucce, edilizia, illuminazione pubblica, illuminazione, riscaldamento/raffrescamento per edifici, pulizia per edifici, rifiuti urbani, ristorazione collettiva, sanificazione strutture sanitarie, stampanti, tessili, veicoli e verde pubblico.

⁵⁵ S. VILLAMENA, *Codice dei contratti pubblici 2016*, cit.

⁵⁶ Si v. a tal proposito, Cons. Stato, sez. VI, 9 aprile 2019, n. 2344, con nota di P. MARTIELLO, *Criteri ambientali minimi e limiti al soccorso istruttorio*, 2019, in www.lamministrativista.it, in cui il concorrente escluso lamentava che solo alcuni elementi oggetto della fornitura sarebbero stati strettamente assimilabili agli arredi per ufficio per i quali il D.M. 11 gennaio 2017, richiamato dalla *lex specialis* di gara, detta i CAM. Di conseguenza tali condizioni minime non sarebbero state applicabili agli arredi di laboratorio. Secondo il Supremo Consesso amministrativo, «il D.M. citato si rivolge effettivamente alla categoria degli arredi per interni. Ciò non esclude che la stazione appaltante possa introdurre nei propri bandi i CAM anche qualora non si tratti di arredi per interni (da ufficio) in senso stretto». In particolare, il giudice d'appello ha dato atto che nei documenti di gara si legge che «si sono comunque applicati i predetti criteri ambientali minimi nell'ottica del perseguimento di benefici per lavoratori ed utenti del polo universitario oltre che per il conseguimento di importanti ricadute sull'ambiente [...] ed al fine di preservare gli utilizzatori finali dall'esposizione all'azione di sostanze pericolose, contaminanti, aggressive, volatili, presenti all'interno dei materiali costruttivi, attività di prevenzione che può essere svolta selezionando materiali sicuri e sani, a prescindere da quella che sarà la loro collocazione funzionale in specifici ambiti degli edifici». Da ciò si evince che «la legge di gara ha prescritto, per tutta la fornitura in questione, il rispetto inderogabile di precisati CAM, individuandosi un punteggio pari a "0", perché si tratta di prescrizioni senz'altro e inderogabilmente da rispettare, diversamente non avrebbe neppure senso prevederne il rispetto facoltativo senza alcuna attribuzione di punteggio».

⁵⁷ Cons. Stato, sez. III, 17 aprile 2018, n. 2317, chiarisce come occorra distinguere tra i criteri base e quelli premianti, sussistendo solamente per i primi l'obbligo di inserimento nella *lex specialis* di gara, mentre per i secondi vi sia solo un invito alle stazioni appaltanti a tenerne conto.

ambientali non comportino una inammissibile violazione dei principi di parità e non discriminazione⁵⁸ e siano strettamente collegati all'oggetto dell'appalto. Quest'ultimo, infatti, resta il riferimento essenziale dell'operazione e non può venire sostituito da ulteriori misure di mitigazione degli effetti ambientali che il concorrente potrebbe impegnarsi a svolgere. Altrimenti opinando, si configurerebbe il rischio di un'alterazione delle dinamiche concorrenziali sulla base delle capacità e disponibilità economiche dell'operatore in senso assoluto e non in relazione alla specifica commessa oggetto di gara⁵⁹.

La sostenibilità ambientale dell'appalto, in particolare, non può incidere in misura tanto gravosa da ostacolare la partecipazione alla gara dell'operatore economico⁶⁰, minandone la convenienza economica⁶¹.

L'introduzione dei criteri ambientali nei contratti pubblici presuppone, in ogni caso, la capacità tecnica delle stazioni appaltanti di individuare i prodotti e i servizi che siano più sostenibili dal punto di vista ambientale e di formulare la domanda in modo da implementare efficacemente le politiche ambientali nella disciplina dei contratti pubblici⁶².

⁵⁸ A tal proposito, secondo F. GAVERINI, *op. cit.*, si potrebbe utilizzare quale parametro l'«impronta ecologica», intendendo per tale la relazione tra il consumo di risorse naturali e la capacità del pianeta di rigenerarle. Tuttavia, ove si ammettesse che l'impatto dell'impronta ecologica possa essere valutato anche tenendo conto di possibili misure non immediatamente collegate all'attività oggetto dell'appalto si aprirebbe la via a forme di discriminazioni tra i diversi concorrenti, occorrendo pertanto garantire un più immediato riferimento delle clausole ambientali allo specifico oggetto del contratto, di guisa che la stessa attività oggetto dell'appalto divenga uno strumento di tutela.

⁵⁹ I criteri ecologici, dunque, dovrebbero riguardare in maniera diretta e immediata il bene o l'attività oggetto del contratto, che diviene strumento per lo sviluppo ambientale, pur sempre nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità. Secondo S. VILLAMENA, *Codice dei contratti pubblici 2016*, cit., alla luce della giurisprudenza europea le clausole ambientali incontrano i limiti della "appropriatezza" e della "pertinenza".

⁶⁰ L'oggetto del contratto non può dunque essere definito in maniera talmente specifica da escludere potenziali concorrenti dalla gara, sicché i parametri ecologici dovrebbero essere riferiti alle prestazioni, piuttosto che alle caratteristiche del bene o del servizio.

⁶¹ Le caratteristiche ambientali del bene o del servizio che le stazioni appaltanti possono discrezionalmente richiedere devono essere immediatamente collegate e funzionali all'oggetto del contratto. Cfr. S. VILLAMENA, *Codice dei contratti pubblici 2016*, cit., per il quale soltanto ove le clausole siano collegate funzionalmente all'oggetto dell'appalto sarà possibile verificarne la reale incidenza sulla qualità delle offerte.

⁶² A tal proposito, G. FIDONE, *op. cit.*, individua nell'asimmetria informativa tra stazione appaltante e imprese un ostacolo nella gestione ecologicamente virtuosa degli appalti verdi. Per superare tali asimmetrie, l'A. propone un utilizzo maggiore delle procedure di aggiudicazione flessibili, quale il dialogo competitivo. Secondo tale A., le direttive del 2004 che hanno introdotto i criteri ambientali nella disciplina degli appalti pubblici presentano come profilo comune quello della ricerca della

Ciò potrebbe condurre a una sorta di evoluzione del meccanismo di elaborazione della domanda, che tradizionalmente si fonda su un bisogno, per modificarlo sensibilmente in funzione della disponibilità di beni più ecocompatibili, ancorché meno prestanti o meno rispondenti alle specifiche esigenze della stazione appaltante.

Tuttavia, ad eccezione di alcune disposizioni settoriali⁶³ e di quanto sostenuto a proposito dell'art. 34 del Codice dei contratti pubblici, la cui pregnanza appare subordinata alla vigenza di appositi decreti ministeriali contenenti i CAM, non vi sono (e difficilmente potrebbero esservi) previsioni generali che vincolino le stazioni appaltanti rispetto a “cosa acquistare” o anche solo che impongano l'integrazione dei criteri ambientali nella *lex specialis* di gara, essendo rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione la valutazione dei propri bisogni e l'individuazione dei beni o servizi più adatti a farvi fronte. Ed è per tali ragioni che, come anticipato, nella prassi, gli appalti faticano a “colorarsi” di verde.

Uno stimolo verso un mercato sempre più verde potrebbe provenire, forse, dagli stessi operatori⁶⁴.

Vero è, infatti, che l'interesse ambientale si “scontra” con la libera concorrenza⁶⁵: maggiori saranno le restrizioni di carattere ambientale, minore la possibilità per gli operatori economici di partecipare alla gara; tuttavia, l'inevitabile conflitto tra interessi economici ed ambientali potrebbe essere in una certa misura mitigato da un diverso approccio, che guardasse alle tematiche ambientali come un'opportunità anche per lo sviluppo di nuovi mercati⁶⁶.

flessibilità delle procedure di aggiudicazione (e dei modelli contrattuali), nonché del recupero della discrezionalità amministrativa.

⁶³ Sul punto, si v. B. FENNI, *op. cit.*

⁶⁴ Si consideri, al riguardo, che, ai sensi dell'art. 3-*quater* del d.lgs. 152/2006, «la tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private, mediante una adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché al principio “chi inquina paga” che, ai sensi dell'articolo 174, comma 2, del Trattato delle unioni europee, regolano la politica della comunità in materia ambientale». Anche gli operatori economici, dunque, parrebbero dovere promuovere la tutela dell'ambiente e conformare la propria attività ai relativi principi.

⁶⁵ In argomento, sia consentito rinviare a S. VERNILE, *L'autorizzazione integrata ambientale tra obiettivi europei e istanze nazionali: tutela dell'ambiente vs. semplificazione amministrativa e sostenibilità socio-economica*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2015, 6, p. 1697.

⁶⁶ Appaiono sempre valide, infatti, le considerazioni di R. FERRARA, *Modelli e tecniche di tutela dell'ambiente: il valore dei principi e la forza della prassi*, in *Foro amm. Tar*, 2009, 6, p. 1944, per

Un ruolo “propositivo” potrebbe dunque essere svolto dalle imprese attraverso la proposta di soluzioni migliorative o di varianti, ove la stazione appaltante le autorizzasse⁶⁷ (tuttavia, nella seconda ipotesi l’“impulso” a promuovere un innalzamento della tutela ambientale potrebbe provenire ancora dalla stazione appaltante). Ciò consentirebbe di “anticipare” la tutela ambientale, in applicazione del principio di precauzione⁶⁸, che potrebbe rilevare come parametro per favorire offerte che siano in grado di innalzare il livello di tutela ambientale.

4. La tutela dell'ambiente tramite i contratti pubblici tra accentramento e regionalismo differenziato

La disciplina dei contratti pubblici, dettata a livello nazionale, in quanto riconducibile primariamente alla materia della concorrenza di competenza statale, comporta un accentramento delle regole cui sottostanno le stazioni appaltanti nella gestione delle procedure a evidenza pubblica⁶⁹. L’individuazione del bene, del servizio o dell’opera di volta in volta necessari, invece, spetta chiaramente all’amministrazione interessata all’acquisito che terrà necessariamente conto del contesto in cui opera.

Uno spazio per la legislazione regionale, a tacere dell’interpretazione fornita dalla Corte costituzionale alla materia “tutela dell’ambiente”, che non esclude del tutto ambiti di intervento regionali⁷⁰, potrebbe essere definito sia in

il quale «ogni pur nobilissimo e romantico discorso relativo alla tutela dell’ambiente rischia di risultare in qualche modo recessivo (e persino inconcludente) allorché esso non venga ancorato a valori certi di riferimento, ed anzi a paradigmi e parametri di concretezza e di realismo».

⁶⁷ Sulla distinzione tra “migliorie” e varianti, cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1103; Tar Basilicata, Potenza, sez. I, 9 gennaio 2020, n.36.

⁶⁸ S. VILLAMENA, *Codice dei contratti pubblici 2016*, cit. Sul principio di precauzione senza pretesa di esaustività, cfr. F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell’amministrazione di rischio*, Giuffrè, Milano, 2005; ID., *Il principio di precauzione*, in M. RENNA-F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 413; G. MANFREDI, *Note sull’attuazione del principio di precauzione nel diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 3, p. 1075; F. FOLLIERI, *Decisioni precauzionali e stato di diritto. La prospettiva della sicurezza alimentare*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2016, 6, p. 1495.

⁶⁹ Sia consentito rinviare a F. FRACCHIA, *I contratti pubblici come strumento di accentramento*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2015, 6, p. 1529.

⁷⁰ *Ex multis*, Corte cost., 23 dicembre 2019, n. 286; 13 marzo 2019, n. 44; 14 novembre 2018, n. 198; 30 marzo 2018, n. 66; 20 ottobre 2017, n. 218; 12 ottobre 2017, n. 212; 10 marzo 2016, n. 51; 12 dicembre 2012, n. 278; 6 luglio 2012, n. 171; 12 ottobre 2011, n. 263; 21 aprile 2011, n. 151; 4 dicembre 2009, n. 315; 22 luglio 2004, n. 259; 26 luglio 2002, n. 407.

maniera diretta, in quanto i contratti sono strumento di valorizzazione dei beni ambientali⁷¹, materia rimessa alla competenza concorrente ai sensi dell'art. 117, co. 3, Cost., sia in maniera più lata, con disposizioni concernenti ambiti comunque strettamente collegati all'ambiente e sempre rimessi alla competenza concorrente Stato-regioni. Si pensi, ad esempio, al governo del territorio, alla ricerca scientifica e tecnologica, alla tutela della salute, alle materie "alimentazione", "porti e aeroporti civili", "grandi reti di trasporto e navigazione".

Un ulteriore impulso potrebbe derivare dal c.d. regionalismo differenziato e al superamento della tradizionale distinzione italiana tra "regionalismo dell'uniformità" e "regionalismo della specialità", vale a dire fra le Regioni a statuto ordinario, da una parte, e le cinque Regioni c.d. "speciali" e le due Province autonome di Trento e di Bolzano, dall'altra⁷². Si potrebbe giungere a un "regionalismo della differenziazione" o "asimmetrico", ancorché ciò dipenda anche da profili ancora oggi non definiti, come, ad esempio, l'alternativa tra una riforma che investa soprattutto il momento legislativo e un intervento che, viceversa, faccia leva sulle funzioni amministrative.

L'art. 116, co. 3, Cost., si riferisce espressamente non soltanto alle materie di legislazione concorrente, ma anche alla materia «tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali», in virtù dell'espresso richiamo alla lett. s), co. 2, dell'art. 117.

Il meccanismo del regionalismo differenziato consentirebbe di introdurre misure di tutela ambientale più adeguate al contesto territoriale⁷³, contribuendo

⁷¹ Cfr. F. DE LEONARDIS, *Criteri di sostenibilità*, cit. e ID., *Norme di gestione ambientale*, cit., il quale richiama la legislazione regionale in materia di GPP, nonché la possibilità che i Comuni adottino propri piani di GPP.

⁷² Il tema del regionalismo differenziato è tornato in auge a seguito delle iniziative intraprese, nel 2017, prima, da Lombardia e Veneto, poi, anche dall'Emilia-Romagna, al fine di avviare il complesso procedimento previsto ai fini del riconoscimento di maggiori forme di autonomia alle Regioni a statuto ordinario, ai sensi dell'art. 116, co. 3, Cost. Nel febbraio 2018, dunque, il Governo Gentiloni ha sottoscritto con le regioni interessate degli accordi preliminari (cd. pre-intese) per stabilire le metodologie da applicare in sede di intesa ai fini dell'individuazione delle materie in cui riconoscere una maggiore autonomia, oltre a quelle già elencate negli accordi. Il Governo Conte II, tuttavia, ha ritenuto che, prima di poter procedere alla stipulazione delle intese, occorra approvare una legge quadro sull'autonomia differenziata. Al momento in cui si scrive, il ddl è stato presentato dal secondo Governo Conte come collegato alla legge di bilancio 2021.

⁷³ Il tema del regionalismo differenziato è stato ampiamente indagato in dottrina: sulle potenzialità della sua attuazione in materia ambientale, cfr. M. CECCHETTI, *Attuazione della riforma costituzionale del Titolo V e differenziazione delle Regioni di diritto comune*, in *Federalismi.it*,

ad attenuare l'accentramento che la disciplina sui contratti pubblici pare realizzare. L'attuazione potrebbe riguardare addirittura la possibilità di ampliare le politiche pubbliche regionali, anche dunque rispetto ai CAM.

Non sono perciò da escludere livelli di tutela ulteriori con il regionalismo della differenziazione, fermo restando che già l'art. 3-*quinquies* del Codice dell'ambiente, al comma 2, dispone che «le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano possono adottare forme di tutela giuridica dell'ambiente più restrittive, qualora lo richiedano situazioni particolari del loro territorio, purché ciò non comporti un'arbitraria discriminazione, anche attraverso ingiustificati aggravii procedurali»⁷⁴.

Tutto ciò, sia detto incidentalmente, potrebbe valere non soltanto per i criteri ambientali minimi, ma anche per le esigenze sociali di cui, parimenti, si promuove l'integrazione nell'ambito della disciplina contrattuale⁷⁵.

In altri termini i CAM potrebbero costituire un modello per la previsione di criteri sociali minimi, anche tenendo conto dell'elasticità della nozione di sviluppo sostenibile⁷⁶, principio comunque soggetto a mutamenti, in grado di abbracciare esigenze non solo ambientali, ma anche sociali, come del resto si ricava dall'analisi dell'istituto dell'economia circolare.

5. Misure per appalti sempre più verdi: il partenariato per l'innovazione

2002; R. BIFULCO-M. CECCHETTI, *Le attuali prospettive di attuazione dell'art. 116, comma 3, della Costituzione: una ipotesi di intesa nella materia "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema"*, in *Le Regioni*, 2017, 4, p. 757; G.M. SALERNO, *La tutela dell'ambiente e dell'ecosistema nella prospettiva del regionalismo differenziato*, in *Corti supreme e salute*, 2019, 2, p. 385.

⁷⁴ Secondo M. MAZZAMUTO, *Diritto dell'ambiente e sistema comunitario delle libertà economiche*, cit., ove tale disposizione fosse intesa come un'ulteriore proclamazione della competenza legislativa indiretta, sarebbe una norma inutile perché non aggiungerebbe altro rispetto agli insegnamenti della giurisprudenza costituzionale; ove, invece, fosse intesa in senso forte, ossia come attributiva di una competenza legislativa diretta in materia ambientale, sarebbe incostituzionale.

⁷⁵ La tutela di interessi pubblici particolarmente rilevanti, come l'ambiente e le esigenze di stampo sociale, potrebbero costituire, dunque, una "contropinta" rispetto all'accentramento verso lo Stato, tipico della disciplina dei contratti pubblici, e su cui sia consentito rinviare a F. FRACCHIA, *I contratti pubblici come strumento di accentramento*, cit., p. 1529.

⁷⁶ Sia consentito rinviare a F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010; ID., *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in M. RENNA-F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., 433; M. RENNA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in questa *Rivista*, 2010, 0, p. 13; F. FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit.

Sebbene non si tratti di una disposizione dedicata in maniera diretta alla promozione della tutela ambientale tramite gli appalti pubblici, merita particolare attenzione per le sue potenzialità rispetto al tema affrontato la disciplina del partenariato per l'innovazione.

L'art. 65 del Codice dei contratti pubblici prende in considerazione l'ipotesi in cui le tipologie di forniture, servizi e lavori disponibili sul mercato, per le loro caratteristiche, non siano idonee a soddisfare un'esigenza specifica della stazione appaltante. Ove ciò accada, «le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori possono ricorrere ai partenariati per l'innovazione (...) a condizione che le forniture, servizi o lavori che ne risultano, corrispondano ai livelli di prestazioni e ai costi massimi concordati tra le stazioni appaltanti e i partecipanti».

La *lex specialis* di gara, nonostante sia funzionale all'acquisizione di un bene, un servizio o un lavoro non ancora predefinito, ossia non disponibile sul mercato, deve essere sufficientemente precisa da permettere a tutti gli operatori economici interessati di individuare la natura e l'ambito della soluzione richiesta per la quale dovranno svolgere attività di ricerca e studio.

L'istituto, per tornare al nostro tema, potrebbe costituire un utile strumento per perseguire un innalzamento del livello di tutela ambientale⁷⁷, promuovendo la ricerca di soluzioni più ecocompatibili di quelle disponibili sul mercato, individuando non soltanto le caratteristiche funzionali del bene, del lavoro o del servizio, ma definendo anche gli aspetti connessi al loro impatto ambientale. Lo strumento consente, infatti, di promuovere investimenti anche nell'ambito di settori meno attrattivi per i privati, stimolando lo sviluppo mediante un uso strategico degli appalti che favorisca la "ecoinnovazione" e l'innovazione sociale⁷⁸.

Le potenzialità dell'istituto (per anticipare un tema che sarà affrontato nel corso dell'ultimo paragrafo) risultano ancora più evidenti in un'ottica di progressiva evoluzione della tutela ambientale dal paradigma di sostenibilità a un sistema di necessaria circolarità, basato su una nuova concezione di prodotto rispetto al quale rilevano il recupero e la riutilizzabilità⁷⁹, piuttosto che il mero

⁷⁷ S. VILLAMENA, *Appalti pubblici e clausole ecologiche*, cit., p. 360.

⁷⁸ C. CHIARIELLO, *Il partenariato per l'innovazione*, in *giustamm.it*, n. 2016, 2.

⁷⁹ Sul mutamento di prospettiva che si avrebbe nel passaggio dall'economia lineare a quella circolare, F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio*, cit.; ID., *Il futuro del diritto ambientale*:

bilanciamento tra i vantaggi, in termini produttivi ed economici, e il consumo di risorse.

Se i beni che le amministrazioni possono acquistare devono essere recuperabili e non diventano mai rifiuto, inoltre, occorre assicurarne la tracciabilità, sicché le amministrazioni dovranno dotarsi di strumenti informatici innovativi utili a questi fini, e il partenariato per l'innovazione si candida a essere uno degli istituti giuridici impiegabili all'uopo.

6. Conclusioni: verso un *blue public procurement*?

Si è ampiamente indugiato sul fatto che l'introduzione dei CAM costituisce un passaggio importante per promuovere l'effettiva integrazione delle politiche ambientali nell'attività contrattuale delle amministrazioni.

Ora occorre aggiungere che l'obbligo di rispettare i CAM nella redazione della *lex specialis* di gara non pare qualitativamente molto diverso dal vincolo, per la stazione appaltante, di rispettare qualsiasi altra disposizione settoriale che sia applicabile in maniera vincolante all'oggetto dell'appalto.

Conseguentemente, sebbene tradizionalmente inquadrati tra i *market based tools*, gli appalti verdi sembrano configurarsi anche come strumento ambientale di carattere autoritativo (*command and control*).

L'introduzione necessaria dei CAM si avvicina molto a una forma di conformazione del mercato e, dunque, a un modello di regolazione di tipo tradizionale, che incide direttamente sugli operatori.

Si considerino, al riguardo, le differenze rispetto alla regolazione degli appalti da parte di ANAC: quest'ultima, intanto, proviene da un'autorità indipendente ed è priva di finalità dirigenziali o di protezione degli operatori già presenti sul mercato; disposta tendenzialmente con linee guida derogabili, inoltre, siffatta regolazione riguarda principalmente la stazione appaltante.

Nel caso dei CAM, invece, la regolazione incide soprattutto sulla parte privata ed è disposta con atti tradizionali, pur passando per il filtro dell'obbligo gravante sulle pubbliche amministrazioni di inserire i CAM.

Si è al cospetto, cioè, di una sorta di conformazione del mercato ad applicazione non immediata, ma condizionata, che si attiva al momento in cui

il sogno dell'economia circolare, in F. DE LEONARDIS (a cura di), *Studi in tema di economia circolare*, EUM, Macerata, 2019, p. 11; E. SCOTTI, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *Dir. econom.*, 2019, 1, p. 493.

prendono avvio le singole contrattazioni. Essa integra una regolazione vera e propria, perseguendo obiettivi di tutela specifici, secondo il disposto dell'art. 41, comma 3, Cost., ai sensi del quale la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.

I CAM costituiscono piena espressione di quell'uso strategico degli appalti in forza del quale rileva non già il singolo contratto, bensì un obiettivo (ambientale) che lo trascende.

Tale uso, allargando lo sguardo fino a includere altri obiettivi, è evidente pensando al rapporto tra contrattazione e tutela della concorrenza ed è così pregnante da incidere addirittura (in tale caso) sulla disciplina della sorte del contratto: qui l'inefficacia derivante dalla violazione delle regole a tutela della concorrenza (art. 121 c.p.a. e ss.) è una specie di sanzione, a prescindere dalla bontà dell'acquisito, per la lesione di un interesse più ampio, quello appunto concorrenziale. Tornando al caso dei CAM, invece, per ora il meccanismo è più tradizionale, nel senso che si configura un'illegittimità per violazione di una regola di conformazione⁸⁰.

L'uso strategico degli appalti, specialmente alla luce di quanto detto a proposito dei CAM, si traduce in ogni caso in una specifica modalità di politica ambientale: le istituzioni politiche, in luogo di assumersi la responsabilità (e l'onere) di sviluppare politiche di tutela ambientale tramite investimenti e attraverso l'adozione di misure puntuali di conservazione e protezione ambientale (talora difficilmente spendibili sul piano elettorale perché basate sui tradizionali sistemi di finanziamento, principalmente la contribuzione), fanno leva sulle stazioni appaltanti e sugli operatori⁸¹ per conseguire risultati virtuosi. Viene garantito un prodotto certamente migliore, che, però, costa di più, con maggiori

⁸⁰ Regola di conformazione che, peraltro, come osservato dalla Prof.ssa Elisa Scotti in un recente convegno a Padova, è una contropista dell'incapacità del regolatore di governare processi globali. Si pensi ad esempio alle forniture: con i CAM si intercettano i prodotti solo quando entrano nel raggio di azione della stazione appaltante e non a monte.

⁸¹ F. DE LEONARDIS, *La disciplina dell'ambiente tra Unione europea e WTO*, cit., sottolinea come, talvolta, tale responsabilità sia scaricata direttamente su soggetti privati, ossia su cittadini e imprese, secondo una peculiare applicazione del principio di sussidiarietà secondo cui «in un primo tempo le azioni a difesa dell'ambiente venivano realizzate dai poteri pubblici (che agivano con approccio sostanzialmente sanzionatorio), oggi si tende a mettere in primo piano l'azione diretta del cittadino e/o impresa».

oneri, almeno nel breve periodo⁸², a carico non già della fiscalità generale, ma direttamente della stazione appaltante.

Senza fare investimenti diretti, è lo Stato che ricava il vantaggio complessivo, in linea con una nozione di economicità più ampia, che valorizza le riduzioni anche dei costi non immediatamente collegati all'operazione contrattuale. Si pensi, ad esempio, alle spese per le cure mediche che potrebbero diminuire in conseguenza di un abbattimento delle emissioni inquinanti⁸³.

L'investimento in studi e ricerche, anche tramite lo strumento del partenariato per l'innovazione cui si è fatto cenno, volti alla promozione e alla diffusione di nuove tipologie di beni, può altresì contribuire a una – seppur lenta – evoluzione del mercato verso un'offerta più verde, da cui derivino ulteriori vantaggi per gli operatori del mercato.

Si intende fare riferimento alla prospettiva dell'approccio circolare, teso a promuovere una rigenerazione delle risorse, imponendo un'attenzione particolare all'intero ciclo di vita dei prodotti e alla loro riutilizzabilità, profilo che va considerato già al momento della ideazione e della produzione dei beni.

Evidenti sono le ricadute ad esempio sulla nozione di rifiuto; l'approccio inciderà più in generale sulle scelte delle stazioni appaltanti, tanto che potrebbe addirittura parlarsi di *blue public procurement*⁸⁴.

Le amministrazioni saranno indotte ad adottare un nuovo metodo di individuazione delle esigenze di acquisto ed elaborazione della domanda, che tenga conto dell'impatto ecologico dei beni, dei servizi o dei lavori e delle loro potenzialità in termini di riutilizzo. Tale nuova prospettiva sposterebbe l'attenzione dal "bisogno" al "prodotto", ossia al bene o servizio ritenuto più compatibile, guardando all'intero ciclo di vita, con l'ambiente.

⁸² Indicativa in questo senso la sentenza del Cons. Stato, sez. V, 27 novembre 2019, n. 8088, che, nel ritenere immediatamente escludente una clausola inidonea ad assicurare ad un'impresa un sia pur minimo margine di utilità, ha chiarito che il prezzo a base d'asta di una gara del 2017, fissato in misura pari a quello di una gara avente il medesimo oggetto, ma svolta nel 2013, risultava incongruo sia alla luce dell'intervallo temporale trascorso, sia – per quanto qui più interessa – per l'applicazione nella procedura del 2017 dei CAM non richiesti nella gara del 2013.

⁸³ S. VILLAMENA, *Appalti pubblici e clausole ecologiche*, cit.

⁸⁴ Cfr. F. DE LEONARDIS, *Criteri di sostenibilità*, cit. L'economia circolare, infatti, è anche definita *blue economy*: a tal proposito, cfr. R. FERRARA, *Brown economy, green economy, blue economy: economia circolare e il diritto dell'ambiente*, in F. DE LEONARDIS (a cura di), *Studi in tema di economia circolare*, cit., p. 39.

L'economia circolare incide, in sintesi, a monte della singola operazione contrattuale, sulla progettazione⁸⁵, che dovrebbe essere rigenerativa⁸⁶, o comunque sulle specifiche tecniche. Vincolate a orientarsi verso beni che, tendenzialmente, non saranno mai obsolescenti e mai diventeranno rifiuto, le amministrazioni dovranno modificare le proprie strategie di acquisto verso beni che abbiano le caratteristiche di riutilizzabilità e di recupero, riducendo la competizione in alcuni settori e aprendo a nuovi mercati.

L'economia circolare, infine, può incidere anche sull'offerta nel senso che, implicando l'impossibilità per il produttore di liberarsi definitivamente dalla responsabilità, che "copre" l'intero ciclo di vita del bene, spingerà le imprese a offrire più servizi⁸⁷.

Innalzando il livello della riflessione per giungere a considerare i principi coinvolti dall'introduzione di un istituto certamente non privo di valenze positive, non si può infine sottacere un ulteriore importante motivo di riflessione, di cui innanzitutto la dottrina deve farsi carico. Esso è legato al fatto che, se davvero la *circular economy* dovesse pienamente svilupparsi con il proprio imponente corredo di poteri pubblici e di regole, anche nel settore degli appalti pubblici si potrebbe profilare una situazione di tensione nei confronti delle libertà individuali⁸⁸.

⁸⁵ E. SCOTTI, *op. cit.*

⁸⁶ R. FERRARA, *Brown economy, green economy, blue economy*, cit.

⁸⁷ Affinché la tutela ambientale sia effettiva e reale occorre che i vantaggi economici delle politiche ambientali si riflettano sugli attori del mercato: ancora ID, *op. ult. cit.*

⁸⁸ Ciò ancor più ove si riconoscesse un più ampio intervento delle regioni con riferimento ai CAM, poiché come osserva M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, la competenza esclusiva dello Stato non riguarda solo la materia ambiente, ma anche il contemperamento con altri interessi, sicché, in ogni caso, le eventuali misure regionali ulteriori dovrebbero rispettare i principi comunitari e costituzionali.

ABSTRACT

Fabrizio Fracchia, Scilla Vernile – *I contratti pubblici come strumento dello sviluppo ambientale*

Il contributo affronta il tema dell'uso strategico dei contratti pubblici ai fini della tutela ambientale, avviando l'analisi dall'esame dell'evoluzione della disciplina europea e nazionale in materia, anche per verificare l'obbligatorietà o meno per le stazioni appaltanti di integrare la *lex specialis* di gara con criteri di carattere ambientale. A tal proposito, un'attenzione particolare è rivolta alla disciplina nazionale dei CAM che, ove vigenti, devono necessariamente essere introdotti nella legge di gara. Nel contributo ci si interroga altresì sul ruolo che potrebbe essere riconosciuto alle regioni ai fini di un innalzamento dei livelli di tutela ambientale (specialmente ove fosse attuata la riforma sul regionalismo differenziato, che consentirebbe di introdurre misure di tutela ambientale più adeguate al contesto territoriale) e sul possibile ricorso all'istituto del partenariato per l'innovazione per promuovere la ricerca di soluzioni più ecocompatibili di quelle disponibili sul mercato, anche per le potenzialità dell'istituto in un'ottica di progressiva evoluzione della tutela ambientale dal paradigma di sostenibilità a un sistema di necessaria circolarità.

PAROLE-CHIAVE: *Appalti verdi; criteri ambientali; regionalismo differenziato; innovazione; economia circolare.*

Fabrizio Fracchia, Scilla Vernile – *Public contracts as a tool for environmental development*

The paper addresses the issue of the strategic use of public contracts for the purposes of environmental protection, starting the analysis from the exam of the evolution of the European and national legal framework, also to verify whether or not contracting authorities are obliged to integrate the *lex specialis* of the tender with environmental criteria. In this regard, particular attention is paid to the national "CAM" which, where in force, must necessarily be introduced into the tender law. The essay also questions the role that could

be recognized to the regions in order to raise the levels of environmental protection (especially if the reform in favor of a differentiated regionalism was implemented, which would allow the introduction of environmental protection measures more appropriate to the territorial context) and the possible use of the institute of the partnership for innovation to promote the search for more environmentally friendly solutions than those available on the market, also for the potential of the institute in a perspective of progressive evolution of environmental protection from the sustainability paradigm to a system of necessary circularity.

KEYWORDS: *Green public procurement; environmental criteria; differentiated regionalism; innovation; circular economy.*